Ueber den Concursprozeß,

besonders mit Rücksicht auf die Mittel seiner Abwendung und Abkürzung,

von

Dr. Wolfgang Heinrich Puchta.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1827.

Vorrede.

Die Betrachtungen, welche hier dem Publikum vorgelegt werden, sind die Frucht der Erfahrungen und des Nachdenkens während eines langen Geschäftslebens über Gegenstände, die zwar jederzeit die Thätigkeit der Gerichte beschäftigt haben, jetzt aber beinahe vor allen andern dieselbe in Anspruch nehmen. Denn Schuldklagen, Executionen, Indultgesuche, Concurse — machen jetzt die bei weitem größte Zahl der streitigen Rechtsangelegenheiten der Staatsbürger aus. Ist daher an der Art der Behandlung dieser Sachen irgend noch etwas zu verbessern, so

war wohl keine Zeit einladender dazu als die gegenwärtige, wo dem Blicke des Beobachters fast allenthalben die traurigen Folgen des Unwerths der Produkte des Bodens und der landwirthschaftlichen Betriebsamkeit, der Stockung des Verkehrs und des gehinderten Erwerbs durch alle Zweige der Industrie begegnen: Mangel an Absatz und Verdienst und damit Armuth und Verschuldung besonders in den niedern Classen des Volks. Wenn hier jeder, der es sich zutraut, etwas zur Verbesserung des Nothstandes beitragen zu können, berufen ist, seine Kräfte zu versuchen, so ist dieß auch der Rechtsgelehrte, — ein jeder auf seine Weise. Freilich des letztern Wirkungskreis ist da, wo es der Abwendung solchen Nothstandes gilt, beengt. Was seiner Thätigkeit übrig bleibt, ist indessen immer genug, und gerade hier davon nützliche Anwendung zu machen, wo ein Theil der Hindernisse des Wohlstandes auch in dem Mangel an Credit, und dieser in dem erschwerten Rechtsschutze seinen Grund hat, und wo es der Lösung der Aufgabe gilt, wie unbeschadet den Forderungen der Gerechtigkeit die Strenge gegen unglückliche Schuldner zu mildern, und

den Gläubigern auf dem möglichst kurzen und billigen Wege zu dem Ihrigen zu verhelfen ist.

Materialien zur Erklärung und richtigen Anwendung der Gesetze über das Verfahren in Schuldensachen, dann zu deren Verbesserung, wo dieses nöthig ist, zu liefern ist der Zweck des Verfassers. Er theilt mit manchem Praktiker und Theoretiker die Ueberzeugung, daß die Behandlung der Schuldensachen, das Executions- und Concurswesen das Ziel der möglichen Vollkommenheit noch nicht erreicht hat. So könnte auch sein Unternehmen kein unwerther Beitrag werden, dem Ziele wenigstens einige Schritte näher zu kommen.

Es schienen sich ihm für den Zweck vor allen in einer sorgfältigen Vergleichung der gemeinrechtlichen Lehren und der Partikulargesetzgebungen, mit Benutzung rechtshistorischer Ergebnisse, die noch lange nicht erschöpften Quellen zu öffnen. Auch seine eigenen Erfahrungen in einer langen Richterpraxis hat er zu Rathe gezogen und benützt, obschon mit großer Vorsicht und sorgsamer

Prüfung; wiewohl es gerade nicht sehr noth thut, den Praktikern hier Behutsamkeit zu empfehlen, da man vielmehr die Wahrnehmung gemacht haben will, daß sie aus einer, oft übertriebenen Scheu vor dem Ansehen theoretischer Lehrmeinungen nicht selten mit ihren eigenen Beobachtungen hervorzutreten zagen, was nicht gut ist. Denn wer die Dinge im wirklichen Leben zu beobachten, und so die Bedürfnisse selbst kennen zu lernen Gelegenheit gehabt, dabei die Mittel dagegen, welche die Gesetze nicht selten der Anwendungsklugheit vorbehalten haben, selbst erprobt hat, — der darf nicht der Letzte seyn, welcher hier seine Stimme abgibt. Sind doch selbst die Gesetze, und zwar vornämlich über die Behandlung der Schuldensachen, mehr aus dem Gebiete der Erfahrung als der Speculation, die nur zu Experimenten auf gut Glück führt, geschöpft, und wo sie dieß nicht sind, bringen sie den Keim ihrer Hinfälligkeit mit in ihr kurzes, durch Novellen mühsam gefristetes Daseyn.

Vielleicht gelingt es den vereinten Bemühungen der Gesetzgebung und Doctrin, das Verfahren gegen Schuld-

ner überhaupt und den Concursprozeß insbesondere, der seine erste Bildung vorzüglich der Noth der Zeiten während des 30jährigen Kriegs und nach demselben verdankt, seiner Vollendung näher zu bringen zu einer Zeit, die nicht weniger reich an Erfahrungen ist, als jene es waren.

Soviel als Vorrede. Der Verfasser würde wohl auch ohne eine solche verstanden worden seyn, theils weil hin und wieder schon bei den einzelnen Abtheilungen die nöthig geschienenen Vorerinnerungen gemacht worden sind, theils weil der Titel selbst hinlänglich andeutet, was dem juristischen Publikum mit dem Buche gegeben werden wollte, und wenn der Leser nicht findet, was er sucht, auch die längste Vorrede nichts mehr ändern könnte.

Schließlich ergehet noch an alle Freunde und Beförderer der Wahrheit, besonders aber an des Verfassers Mitgenossen im Dienste der Justiz dessen angelegentliches Ersuchen, ihn nicht nur auf die etwaigen Irrthümer und

Lücken des Werks, besonders bei der Angabe von Lokalbeziehungen, aufmerksam zu machen, sondern auch in Rücksicht auf die ungenützten partikularrechtlichen Quellen aus dem Bereiche ihrer Wirksamkeit und Erfahrung zu unterstützen.

Erlangen im Monat Merz 1827.

Der Verfasser.

Inhalt.

Inhalt.

Erstes

Erstes Buch.

Allgemeine Betrachtungen über den Concursprozeß.

S. 324.

Erstes Kapitel.

Ueber die Nothwendigkeit des Concursverfahrens *a)* überhaupt.

§. 1.

Einleitung.

Bei Betrachtungen über den Concursprozeß, besonders aber bei einer Untersuchung über die Mittel, wie demselben vorzubeugen oder doch nach seinem Ausbruche das Be[illegible] durch zweckmäßigere Einrichtung minder nachtheil[illegible] mag, begegnet man vor allen der Frage: ist überhaupt eine Institution, wie die, welche wir Concursprozeß nennen, nothwendig? Gibt es nicht ein anderes Mittel für den vorgesetzten Zweck als dieses, welches schon die öffentliche Meinung den Uebeln, die den Zweck der bürgerlichen Gesellschaft gefährden, anreiht,

a) Schriften über den Concursprozeß, ausser den ältern von Salgado de Samoza, Brunnemann, Ludovici:

S. A. Kraffts prakt. Anmerkungen über den Conc. Prozeß ꝛc. Erlang 1786. 8.

C. C. Dabelow ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger (umgearbeitete Ausgabe.) Halle 1801. 4.

A. S. Kori System des Conc. Prozesses nebst der Lehre von den Classen der Gläubiger ꝛc. Leipz. 1807. 8.

und welches auch der Umstand, daß es einer Untersuchung, wie die gegenwärtige, bedarf, in ein zweideutiges und ungünstiges Licht versetzt? — Es ist daher nöthig, vor allen das eigentliche Wesen des Concurses der Gläubiger und die Ideen näher in das Auge zu fassen, worauf diese eigenthümliche Prozeßart beruht, die unter allen übrigen als eine beinahe seltsame Erscheinung dasteht. Hierbei sind denn besonders gewisse Vorurtheile gegen das Institut näher zu beleuchten, und so beginnt denn die Betrachtung zunächst mit einem beim ersten Anblicke paradox scheinenden Satze.

§. 2.

Der Concurs ist eine Wohlthat für die Gläubiger.

Daß der Concurs eine Wohlthat für die Gläubiger sey, mag wohl vielen, welche damit gewisse eigene Erfahrungen vergleichen, ungereimt erscheinen, vielleicht ungereimter und unpassender noch, als daß es eine Wohlthat für den Schuldner seyn soll, wenn derselbe sein Vermögen seinen Gläubigern abtreten darf. Und doch beruht es auf einer ganz irrigen Ansicht, und auf

---

A. Schweppe das System des Concurses der Gläubiger ꝛc. (2. Ausg.) Gött. 1824. 8.

F. X. Miltner der bayerische Gantprozeß in histor. u. theoret. prakt. Hinsicht. Landshut 1814. 8.

J. B. Welsch Handb. des bayersch. Universal-Conc. Prozesses. Erl. 1819. 8.

K. F. Reinhardt die Lehre vom Gantverfahren nach röm., gemeinem und würtemberg. Recht. Stuttg. 1819. 8.

Dann ausser verschiedenen Schriften von Happel (s. Ersch Lit. der Jurisprudenz n. 3148 a — d) besonders noch die Abhandlung v. Gönner in s. Handb. des Prozesses IV. n. 82. (2. Aufl.)

einem, obschon in der That oft durch die Umstände gerechtfertigten Vorurtheile, wenn die Gläubiger in der Regel von allen Mitteln der Auseinandersetzung mit ihren Schuldnern lieber hören wollen, als von einem Concurse. Man weiß oder bedenkt nicht, daß eben dieses so übel berüchtigte Mittel das einzige ist, die nicht durch Pfand oder Hypothek versicherten Gläubiger vor den Nachtheilen der Prävention sicher zu stellen, die in Folge der gesetzlich begünstigten Vigilanz in der Regel ein Gläubiger vor dem andern geltend machen kann, so lange nicht eine Gemeinschaft unter allen Fordernden rücksichtlich der Befriedigungsgegenstände hergestellt, und dadurch jedem einseitigen Vordrängen zur Befriedigung ein Ziel gesetzt wird. Dieß wird aber eben durch das Mittel des Concurses bezielt, und zwar in dem Grade mehr oder minder wirksam, als dessen Eröffnung, sobald dazu rechtlicher Anlaß vorhanden ist, unaufhaltbar erfolgt oder verzögert wird.

Allerdings kann die geschickteste chirurgische Operation dem unmöglich behaglich vorkommen, an welchem sie verrichtet wird, und wer irgend noch Hoffnung hat, den Brand mit Salben und Pflastern zu heilen, wird sich nicht leicht zu einer Amputation bequemen. Auch für die Gläubiger ist und bleibt es immer ein Uebel, daß es mit dem Schuldner dahin gekommen ist, wo es jenes ausserordentlichen Mittels der Rechtshülfe bedarf. Daß aber das Heilmittel wehe thut, das allein ist noch kein vernünftiger Grund, es ungebraucht zu lassen. So wie indessen freilich der unwissende Wundarzt durch seine ungeschickte Operation es leicht dahin bringen kann, daß der arme Patient sich überzeugen muß, ein baldiger Tod wäre ihm besser gewesen, als diese Kur, eben so kann, wenn Ungeschicklichkeit, Trägheit oder böser Wille bei der Behandlung eines Schuldenwesens eintritt, die baldige

Gewißheit von dem Verluste der Forderung leicht das kleinere Uebel seyn und weniger schmerzen, als das lange Hinhalten mit leeren Hoffnungen, wobei Zeit und Kosten obendrein verloren sind. Aber wer wollte an dem rechten Gebrauch eines Mittels, welches die Gesetze vorschreiben und die Vernunft billigt, darum verzweifeln, weil es mit so vielen menschlichen Einrichtungen das gemein hat, daß es dem Mißbrauch unterworfen ist?

Um die Sache richtig einzusehen und von der Schädlichkeit und Verkehrtheit des Vorurtheils gegen die Formirung eines Concurses über das Vermögen eines über Kräfte Verschuldeten sich zu überzeugen, muß man die Idee in das Auge fassen, wovon unser Concursprozeß in seiner heutigen Gestalt ausgeht. Vorher aber ist es nöthig, die Frage zu beantworten:

> haben die Gesetze ausser dem mißlichen Mittel der Concurs-Eröffnung den Gläubigern eines Verschuldeten gegen willkührliche Verfügungen desselben über die Masse ihrer Befriedigungsmittel keine Sicherheit gewährt?

und da sie dieses allerdings gethan:

> worin besteht diese Sicherheit, und wieweit entspricht sie ihrem Zwecke?

§. 3.

Sicherungsmittel für die Gläubiger ausser dem Mittel des Concurses.

Sobald ein Schuldner wahrnimmt, daß seine Schulden seinem Vermögen gleichkommen, noch mehr also, wenn er sich überzeugen muß, daß jene dieses übersteigen, wäre von ihm, will er anders auf den Namen eines ehrlichen Mannes Anspruch machen, billig zu erwarten, daß er seinen Gläubigern von dieser Lage der Umstände offen

und redlich Darlegung machte, vor allen aber jeder weitern Verfügung über sein Vermögen, die zum Nachtheile seiner Gläubiger gereichen könnte, sich enthielte. Allein dieß ist nun einmal nicht zu erwarten, theils weil die Schuldner nur ausnahmsweise so ehrlich denken, theils weil sie sich oft selbst über ihre Vermögensumstände täuschen b) oder doch leichtfertigen Speculationen über deren Verbesserung sich überlassen. So geschieht denn hier manches zum Nachtheil und, wenn der Schuldner nicht in gutem Glauben war, mit Gefährde gegen die Gläubiger, besonders durch Veräusserung von Vermögensstücken, die zu deren Befriedigung dienen sollten. Deßfalls haben nun allerdings die Gesetze Vorsehung getroffen. Sie haben nämlich den Gläubigern die Befugniß eingeräumt, von rescissorischen, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bezweckenden Rechtsmitteln rücksichtlich solcher ihnen zum Nachtheile gereichenden Geschäfte Gebrauch zu machen, und so ihren Rechten gegen den Empfänger der in betrügerischer Absicht veräusserten Sache, auf Herstellung des vorigen Standes und allenfalls auf Bestrafung des Schuldners c) Geltung zu verschaffen. Die Fälle sind in dem Titel der Pandecten: quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur, bezeichnet, und die deßfallsigen Klagen unter dem Namen der paulianischen Klage, der actio in factum und des interdictum fraudatorium bekannt. Allein es wird sogleich gezeigt werden, daß mit diesen Mitteln allein der Zweck, die Schuldner an nachtheiligen Verfügungen über ihr Vermögen zu verhindern, nicht vollständig zu erreichen

b) Saepe de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines §. 3. J. quibus ex causis manumittere non licet. Also ein alter Erfahrungssatz!

c) L. 1. pr. l. ult. §. ult. D. quae in fraud. cred.

ist, sofern als besonders die Befriedigung eines Gläubigers vor dem andern, auch bei einer Vermögens-Unzulänglichkeit rechtlich Statt finden und dann die nicht befriedigten Gläubiger eben so benachtheiligen kann, als eine Veräusserung im strengern Sinne.

§. 4.

Unzulänglichkeit dieser Sicherungsmittel. — Erlaubte Vigilanz der Gläubiger *d*).

Auch durch Befriedigung eines Gläubigers vor dem andern kann jenem eine Begünstigung widerfahren, die diesem zum Nachtheile gereicht. Wenn der Schuldner 1000 fl. dem A. 600 fl. dem B. und 400 fl. dem C. nach gleichem Rechte des Vorzugs, schuldig ist, so kann er, besitzt er nur 1600 fl. im Vermögen, nicht den Einen ganz bezahlen, oder, was eben so viel ist, ihm eine bessere Sicherheit geben, ohne daß die übrigen beiden an ihren Forderungen es entgelten müßen. Aber dieß ist ihm nach den Gesetzen so schlechthin nicht verwehrt; wenigstens ist nach diesen dem A. B. oder C., wer unter ihnen am ersten kommt, gestattet, sich eine bessere Versicherung geben, oder seine Forderung bezahlen zu lassen. Nur muß vor allen diese bereits fällig seyn, der Gläubiger also auch der Zeit nach nicht zuviel erhalten haben, oder es muß wenigstens dem Schuldner das „commodum repraesentationis“ (das id quod interest:) zu Gute gerechnet worden seyn. In diesen Fällen haben die andern Gläubiger keinen Anspruch an den Befriedigten, wenn sie nicht zu gleicher Zeit auf ihre Befriedigung drangen, wovon hernach (§. 5. B. 2.) die Rede seyn wird. Hier ist also auch die paulianische Klage unstatthaft. Denn qui suum recipit, sagt das Gesetz *e*), nullam vi-

d) G. E. Oeltze de creditore sibi vigilante. Jen. 1769.

e) L. 6. §. 6. D. quae in fraud. credit.

detur fraudem facere. Er hat weiter nichts gethan, als daß er dem Triebe der Selbsterhaltung gefolgt ist, indem er sich bemühte, zu seiner Bezahlung zu gelangen; (sibi vigilavit). Auch hat er nur bekommen, was ihm gebührte, und in der Zeit, da es ihm gebührte und es wäre unbillig, sagt der alte Jurist in der angeführten Gesetzstelle, in einer Handlung etwas Unerlaubtes finden zu wollen, zu welcher der Richter im Weigerungsfalle sogar nöthigt. Auf diese Reflexion gründet sich also die Regel von der erlaubten Vigilanz. Die Gesetze haben hierbei unter andern billig erwogen, daß in der Zwischenzeit von der Befriedigung des wachsamern Gläubigers bis zum spätern Auftreten des schläferigern die Umstände des Schuldners sich leicht verschlimmert haben können, während sie zuvor die Befriedigung beider Gläubiger vielleicht gestattet hätten. Leicht kann es geschehen „quod res interea deterior facta sit, vel mortalitate, vel subductis rebus mobilibus, vel rebus soli ad irritum perductis *f*).

Wenn aber auch die Vigilanz der Gläubiger unter gewissen Umständen von Seiten ihrer Rechtlichkeit nichts gegen sich hat, so bleibt sie doch auch in dieser Gestalt immer bedenklich für die übrigen Gläubiger, die an gleicher Vigilanz durch Umstände abgehalten worden seyn können, die ihnen gerade nicht als Nachlässigkeit auszulegen sind; sie bleibt bedenklich und gefahrdrohend selbst noch in ihren Beschränkungen.

§. 5.

Beschränkungen dieser Vigilanz.

Diese erlaubte Vigilanz und der Grundsatz von der melior ratio occupantis setzt nämlich in alle Wege voraus,

---

f) L. 24. D. quae in fraud. cred.

A. daß der Schuldner auch noch, wenigstens vor dem Richterstuhle des äussern Richters, frei über das Seinige verfügen könne, daß also seine sämmtlichen Gläubiger nicht schon durch die verfügte missio in bona und das dadurch begründete prätorische Pfandrecht die Versicherung einer gleichmäßigen Befriedigung erlangt haben; denn wäre dieß geschehen, so würde ohnehin die Wirkung davon gewesen seyn, daß keiner der Theilnahmsgenossen aus dem in Beschlag genommenen Vermögen (bona possessa) seine Befriedigung einseitig mehr hätte suchen können, sondern nur mit Rücksicht auf das Anrecht der übrigen. Diese Theorie ist aufs bündigste ausgedrückt in folgenden Worten Ulpians (L. 6. §. 7. D. quae in fraud. cred.) Sciendum — — ut qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc Edictum: sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus. Neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum jam par conditio omnium creditorum facta esset.

B. Aber auch ausser dem durch die missio in bona eintretenden Fall der verhinderten Disposition des Schuldners, leidet die Regel von der erlaubten Vigilanz noch gewisse Modificationen. Denn

1) die Gläubiger, die sich durch ihre Vigilanz einen Vortheil vor den übrigen verschaffen wollen, dürfen vor allen diesen vorzugsrechtlich nicht nachstehen. Die Regel findet daher nur Anwendung auf chirographarische Gläubiger und soweit sie nicht mit Pfandgläubigern concurriren, diese also bei einer dergleichen Zahlung benachtheiligt wären. Denn ist dieses der Fall, so kann die Veräusserung allerdings revocirt werden, oder viel-

mehr sie wird durch die hypothekarische Klage wirkungslos, und es würde ungeschickt seyn, wenn der benachtheiligte Pfandgläubiger sich durch das Auftreten mit der paulianischen Klage einen schwierigen Beweis aufladen wollte *g*). Ferner wird vorausgesetzt

2) daß nicht eine unerlaubte Begünstigung des Schuldners (gratificatio) bei der Befriedigung des Gläubigers untergelaufen. Eine solche Gratification tritt ein, wenn der befriedigte und die nicht befriedigten Gläubiger zu gleicher Zeit auf ihre Befriedigung angedrungen sind. Denn hier haben sie alle vigilirt, und da die letztern oder die nicht befriedigten nicht in dem Falle einer Nachlässigkeit und Verzögerung sind, folglich auch, die vorhin bemerkte Veränderung der Umstände (L. 24. quae in fraud. cred.) nicht anzunehmen ist, so ist überall kein rechtlicher Grund vorhanden, dem einen Gläubiger auf Kosten der andern einen Vortheil zuzuwenden. Hier findet gegen den begünstigten Gläubiger die actio pauliana Statt und er muß mit den übrigen theilen *h*). Endlich sind

3) Befriedigungen ausgeschlossen, wobei eine unerlaubte Veräusserung obwaltet. Wenn also mehrere chirographarische Gläubiger zu gleicher Zeit wider den

---

g) Indessen gibt es auch Fälle, wo die paulianische Klage vortheilhafter seyn kann, als die hypothekarische. C. S. C. Haenlein de act. Paul. natura, requis. et usu for. Onoldi 1785. 4. §. XV.

h) L. 24. D. quae in fraud. cred. — L. 6. de rebus auct. jud. possid.

Carpzov Jurispr. For. P. I. const. 29. def. 178.

Stryk de caut. contr. Sect. IV. cap. 1. §. 10.

Strube rechtl. Bedenken Thl. I. Nro. 105.

Wernher Tom. I. P. 3. obs. 147.

Schuldner klagend aufgetreten wären, und derselbe hätte den einen von ihnen, der ihm vielleicht gerade am lästigsten war, um ihn zur Zurücknahme seiner Klage zu bewegen, in das Hypothekenbuch eintragen lassen, so würden nach der Theorie von der paulianischen Klage die übrigen dadurch benachtheiligten Gläubiger auf Revocation dieser Hypothekbestellung als einer Veräusserung ohne Zweifel klagen können *i*), vorausgesetzt, daß die Forderung nicht schon unter einem lästigen Titel in die Hände eines, von der gefährdenden Begünstigung ununterrichteten Dritten gekommen ist.

In der Folge wird von diesen Grundsätzen bei Erörterung der Frage Anwendung gemacht werden: wiefern der Richter von Amtswegen den Concurs eröffnen, oder doch bei Verfügung der Execution aus Anlaß einer bedenklichen Gläubigerconcurrenz mit Sistirung derselben Einschreitungen machen könne, welche dergleichen Begünstigungen und Machinationen zu begegnen geeignet sind. Hier betrachten wir die Beschränkung der Vigilanz nur als ein unzulängliches Surrogat für die förmliche Concurs-Eröffnung, als was sie denn bei der Vergleichung mit den Wirkungen der letztern unzweifelhaft sich darstellt.

§. 6.

Ideen des heutigen Concursprozesses.

a. Veranlassung durch Vermögensabtretung.

Ohne Vergleichung am zweckmäßigsten wird für die Sicherheit der Gläubiger auf den Fall einer Vermögens-Unzulänglichkeit jetzt durch die Concurseröffnung gesorgt. Der heutige Concursprozeß beruht nämlich auf folgenden Ideen.

---

i) L. 1. §. 2. quae in fraudem cred. Haenlein l. c. §. XIII.

Da niemand Anspruch an das Vermögen eines über Kräfte Verschuldeten hat, als seine Gläubiger, so ist es eben so natürlich als rechtlich, daß er diesen überläßt, was er hat, um sich zu ihrer Befriedigung, so weit es dazu hinreicht, darein zu theilen. Thut er dieses nicht aus eigener Bewegung, so kann er dazu auf Antrag seiner Gläubiger auch wider seinen Willen von dem Richter genöthigt werden. Die Vermögensabtretung zum Besten der Gläubiger kann demnach theils freiwillig, theils gezwungen erfolgen.

I. Was die freiwillige Abtretung betrifft, so kann dieselbe a) auf eine ausdrückliche Erklärung des Schuldners, der sich zur cessio bonorum erbietet, sich gründen, oder b) sie kann aus Handlungen und Begebenheiten gefolgert werden. Zu dieser letztern Art von Abtretung, die, wenigstens im Gegensatze von der auf Antrag der Gläubiger und mit Widerspruch des Schuldners erfolgenden, ebenfalls eine freiwillige heißen kann, gehört 1) wenn zu der Verlassenschaft eines Verschuldeten kein Erbe vorhanden ist, es sey a) überhaupt, oder b) weil der Erbe die Erbschaft ausschlägt, und kein Nacherbe da ist; 2) wenn der Schuldner ohne jemand zur Besorgung seiner Angelegenheiten aufzustellen, auf verdächtige Weise sich entfernt, und die Umstände eine Ueberschuldung mit Wahrscheinlichkeit besorgen lassen. In diesen Fällen, wo überhaupt, oder doch im letzten Fall, eine derelictio bonorum anzunehmen ist *k*), liegt es in der Verbindlichkeit der Gerichte, wenigstens in Deutschland, zur Sicherung der Rechte der unbekannten Interessenten durch Be-

---

k) Archiv f. civ. Pr. II. S. 355. Schon Salgado de Samoza bemerkt in seinem Labyr. cred. concurr. Part. I., cap. I. nro. 52. ganz richtig: debitoris decocti fuga habetur pro dimissione bonorum facta creditoribus.

schlagnehmung und Untersuchung des Vermögens fürsorglich einzuschreiten. Ergibt sich hierbei eine wirkliche Ueberschuldung, so ist das Vermögen ohne weiteres als den Gläubigern abgetreten anzunehmen.

II. Die zwangsweise Abtretung kann nur auf Antrag der Gläubiger von dem Richter erkannt werden.

§. 7.

b. Nothwendigkeit der richterlichen Behandlung.

Ist die Vermögensabtretung wirklich geschehen, oder als geschehen anzunehmen (§. antec. I.), oder auf rechtlich begründeten Antrag der Gläubiger erfolgt (II.), so sind weitere Einschreitungen zur Vertheilung nothwendig. Es darf nämlich die Vertheilung des freiwillig oder zwangsweise abgetretenen Vermögens nur in rechtlicher Ordnung, also nur mit Rücksicht auf die, für diesen Fall der Unzulänglichkeit gesetzlich bestimmten Vorzugsrechte der Forderungen gegen einander geschehen. Die Beobachtung dieser rechtlichen Ordnung ist nur von einem nicht betheiligten Dritten mit Zuverlässigkeit zu erwarten, welcher die Rechte aller Betheiligten unbefangen würdigt und zugleich jeder Ungebühr in einseitiger Geltendmachung der Interessen mit wirksamer Kraft zu begegnen im Stande ist. Darum ist die Leitung des Geschäfts der Befriedigung der Gläubiger oder die Verhandlung des Concursprozesses den Gerichten übertragen.

§. 8.

c. Interesse der beschleunigten Eröffnung eines Concurses.

Die Verhandlung des Concursprozesses, welcher von den zu denselben führenden vorbereitenden Handlungen und richterlichen Einschreitungen zu unterscheiden ist, beginnt,

A. mit der Concurseröffnung. Man versteht

darunter den zu der bekannten und unbekannten Betheiligten und sonst zu jedermanns verbindlicher Kenntniß gelangenden richterlichen Ausspruch:

daß das Vermögen des Gemeinschuldners zur Befriedigung seiner sämmtlichen Gläubiger unzulänglich, daher derselbe jeder Verfügung über selbiges, es sey zum Besten eines Gläubigers oder eines Dritten, zu entsetzen, und dieses fortan lediglich als seinen Gläubigern zur Vertheilung in gesetzlicher Ordnung verhaftet anzunehmen. (Decretum de aperiundo concursu.)

Unmittelbar in Folge dieser Concurseröffnung wird, soweit dieses nicht schon während des präparatorischen Verfahrens geschehen,

B. mit der Beschlagnehmung des Vermögens und mit der Provocation der Gläubiger, und wer sonst einen Anspruch an das Vermögen hat, mit präclusiver Wirkung verfahren. Mit dieser in Form einer Ediktalcitation der unbekannten und einer besondern Vorladung der bekannten Interessenten erfolgten Aufforderung wird

C. eine öffentliche Bekanntmachung zu jedermanns Wissenschaft und Nachacht verbunden, daß das Vermögen in Beschlag genommen worden, (offener Arrest). Dieser s. g. offene Arrest *l*) besteht in einer Inhibition

---

l) Der Name ist partikularrechtlich (Allg. preuß. G. O. I. Tit. 50. §. 206.), die Sache ist auch dem gemeinen Recht bekannt. Schon Mevius sagt: Non invidendum est creditoribus, si fraudis urgeat suspicio, ut a judice publico obtineant proclamata, quibus omnes, qui res debitoris tenent, aut aliquam de iis notitiam habent, sub certa mulcta indicare, et suspectas actiones apertas facere admoneantur. Ad Jus Lub. Part. III. Tit. I. Art. 10. nro. 38.

an alle diejenigen, welche von dem Gemeinschuldner unter irgend einem Titel etwas in Händen haben oder ihm schuldig sind, demselben nichts davon verabfolgen zu lassen, auch keine Zahlungen zu leisten, vielmehr dem Gericht davon Anzeige zu machen und mit Vorbehalt ihres Rechts die in ihren Händen befindlichen Gegenstände in das gerichtliche Depositum abzuliefern, auch dahin ihre Zahlungen zu leisten, bei Strafe der Nichtigkeit und des Verlusts der Rechte.

Durch diese Maßregeln (A. B. C.) wird

1) der Gemeinschuldner ausser Stand gesetzt, zum Nachtheile der Gläubiger über sein verschuldetes Vermögen ferner zu verfügen. Dieß wird dadurch rechtlich möglich, daß die Concurs-Eröffnung und was derselben anhängig: Edictalcitation und Bekanntmachung der Vermögens-Beschlagnehmung zu derjenigen Oeffentlichkeit, und zwar nunmehr mit definitiver Wirkung (denn provisorisch kann es als polizeiliche Maßregel *m*) nach Gestalt

m) Das eigenthümliche, von dem sonstigen Prozeßgange abweichende Verfahren unseres Concursprozesses, besonders in seiner Einleitung und bei den Einschreitungen im Interesse aller Betheiligten, beruht allerdings wie von Grolman in der Theorie des ger. Verfahrens §. 246. richtig bemerkt, und Schweppe in seinem System des C. d. Gl. S. 19. n. 1. mit Unrecht für "falsch" erklärt, auf einer polizeilichen Rücksicht, sofern als die Staatsfürsorge sich zum Besten der sämmtlichen Gläubiger durch das Organ des Richters äussert, und ausserdem das Wesen des Concursprozesses, die Universalität, gar nicht zu realisiren seyn würde. — Freilich "politische oder Polizeirücksichten (im gewöhnlichen Sinne nämlich) sind von der richterlichen Beurtheilung ausgeschlossen;" aber davon ist ja hier die Rede nicht.

stalt der Umstände auch wohl früher schon geschehen) gebracht wird, die jeden, da er den richterlichen Anordnungen Folge leisten muß, verhindert, fernerhin in gutem Glauben mit dem Gemeinschuldner sich in ein Verkehr über dessen Vermögen einzulassen. Die Folge hievon ist, daß

2) ein ganz neues Rechtsverhältniß in Beziehung auf alle, welche auf das Vermögen des Verschuldeten Anspruch haben, begründet wird. Die Gesammtheit der Gläubiger erwirbt nämlich das Recht, mit Ausschließung der sich nicht meldenden Gläubiger, des Schuldners gegenwärtiges und noch zuwachsendes Vermögen als gemeinsames gerichtliches Executions-Object in dem vorgeschriebenen Wege in Besitz zu nehmen, zu verwalten und zu ihrer Befriedigung nach der gesetzlichen Rangordnung zu verwenden.

3) Durch den Ausschluß des Dispositionsrechts des Gemeinschuldners, wird nicht nur jeder schädlichen Vermögens-Veräusserung und jeder Gratification des einen Gläubigers vor dem andern vorgebeugt, sondern auch jener sonst gesetzlich gebilligten Vigilanz ein Ziel gesetzt. Durch die Concurseröffnung soll vielmehr ein gemeinschaftliches allgemeines Pfandrecht in das ganze Vermögen *n*) bestellt, und dadurch bewirkt wer-

n) Diese Idee eines allgemeinen Pfandrechts lag schon in den gesetzlichen Bestimmungen der L. 12. pr. D. de rebus auct. jud. possid. und L. 10. pr. C. de bonis auct. jud. poss. über die Coimmissionsrechte der Chirographarien bei der zum Besten Eines oder des Andern von ihnen verfügten missio in bona debitoris, wenn gleich unausgebildet und unvollständig. Denn die Pfandgläubiger nahmen an diesem richterlichen Pfandrecht nicht Theil und bedurften dessen auch nicht. Das heutige Concursrecht nimmt aber eben als Wirkung der Concurs-Eröffnung ein solches all-

den, daß nur das Gesetz und dessen Organ, der Richter bestimmen, wie das, was nicht für Alle zureicht, unter die Einzelnen zu vertheilen sey.

Da also erst durch die Concurseröffnung und die in Folge derselben erlassenen richterlichen Verfügungen dieses zur Sicherheit aller Betheiligten gereichende neue Rechtsverhältniß begründet und jede weitere Gefährde von den Gläubigern abgewendet wird, so ist klar, daß mit jeder Verzögerung der Concurseröffnung, da wo selbige rechtlich Statt findet, Gefahr für die Gläubiger zu besorgen ist, und daß somit das Interesse eines jeden Gläubigers, der sonst von einer Verminderung der Masse etwas zu besorgen hat o), fordert, jene Gefahr durch Be-

---

gemeines Pfandrecht für alle Gläubiger ohne Unterschied an, (Kind quaest. for. Tom. IV. p. 103. ed. IIdae) versteht sich mit Vorbehalt der sonstigen Prioritätsrechte und nur mit der Wirkung, die isolirte Geltendmachung der Forderungen zu verhindern. Die Gesetzgebungen von Oesterreich (Pratobevera in den Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den österreich. Staaten VIII. Bd. S. 451 u. 455) und von Preussen (allg. G. O. I. Tit. 50. §. 53 und 60.) haben den Ausdruck des allgemeinen Pfandrechts als Wirkung des Concurses sogar wörtlich, und letztere bestimmt unter andern: "Aus dem, den sämmtlichen Gläubigern in corpore durch die Concurs-Eröffnung in dem gesammten Vermögen bestellten Pfandrechte folgt, daß kein einzelner Creditor befugt ist, durch einseitige, gerichtliche oder aussergerichtliche, Handlungen etwas von der Masse an sich zu ziehen, oder sich darin ein besseres Recht, als er vorher schon gehabt hat, zu verschaffen. Vielmehr sollen alle dergleichen Unternehmungen als null und nichtig angesehen werden."

o) Freilich dem, der durch Pfand oder Hypothek zureichend gedeckt ist, kann soviel nicht daran liegen.

treibung des gesetzlichen und allein wirksamen Sicherungs-mittels dagegen zu beseitigen, also auf Concurseröffnung in den Fällen anzutragen, wo der Richter nicht auf den Grund einer freiwilligen Abtretung, und was dafür gilt, (§. 6.) von selbst zu verfahren, rechtlich veranlaßt ist.

§. 9.

Hindernisse der Einfachheit des Verfahrens.

Die Bestimmung, wie das, was nicht für alle zureicht, unter die einzelnen Theilnehmer zu vertheilen sey, würde allerdings kein schwieriges Geschäft seyn, wären alle Gläubiger, wie sie an sich gleich sind (denn derjenige, der 1000 fl. auf Handschein darlehensweise zu fordern hat, hat nicht weniger aus dem Seinigen dem Schuldner auf Wiederersatz gegeben, als der, welcher 1000 fl. auf Hypothek fordert) auch in Ansehung ihres gesetzlichen Vorrechts bei einer Unzulänglichkeit der Befriedigungsmittel gleich. Hier würde die Wohlthätigkeit der Institution einer durch die Concurseröffnung entstehenden Gläubiger-Gemeinschaft noch mehr in die Augen treten, so wie natürlich auch das Geschäft der Behandlung des Concurses selbst weit einfacher seyn würde. Die verschiedenen Gläubiger würden sich in die zu ihrer Aller Befriedigung nicht zureichende Masse nach den Regeln der Gesellschaftsrechnung theilen. Allein die positiven Gesetze kennen keine solche Gleichheit der Rechte; sie haben gewissen Forderungen Privilegien vor andern beigelegt, und fragt man, ob sie hierin gerecht sind, so gibt die Erwägung der motivirenden Verhältnisse die Ueberzeugung, daß die Frage bejaht werden muß *p*).

---

p) Die Verschiedenheit der Gläubiger rücksichtlich ihrer Vorzugsrechte beruht in der That auf Gründen, die in der Verschiedenheit der Menschen im gesellschaftlichen Verhan-

Doch auch abgesehen hievon, so sind es in der That diese Privilegien nicht, oder doch nur ausnahmsweise, welche die Concurse verzögern. Hier wirken, wie im 3. Kapitel gezeigt werden wird, hauptsächlich andere Ursachen. Wenigstens hindert die qualitative Ungleichheit der Forderungsrechte wohl nur nach seltenen Ausnahmen eine frühere Beendigung der Sache, wenn der Richter Eifer und Geschicklichkeit besitzt, auch das scheinbar Schwere sich leicht zu machen, besonders wenn ihm die Gabe verliehen ist, mit Ueberlegung und Besonnenheit die Mittel nach dem Zweck abzumessen, der durch das Concursverfahren erreicht werden soll. Das Verfahren kann häufig durch Vereinfachung gewinnen, ohne daß jene Privilegien es hindern, besonders durch Abstrahirung von der Forderung der Gleichförmigkeit in der Behandlung, da wo die Natur der Sache eigenthümliche kürzere Einschreitungen fordert *q*). Hierin, daß man nämlich

de und in der Ungleichheit ihrer physischen und moralischen Vollkommenheiten liegen. Mit der Annahme der individuellen Erwerbsfähigkeit hört nothwendig die gleiche Vertheilung der Güter des Lebens auf, und wenn man dem Wesen der Rechte und Verbindlichkeiten des Creditgebers und Creditnehmers bis in seine ursprünglichen Elemente nachspürt, so entdeckt man wohl ohne große Schwierigkeit, daß es Rechte und Verbindlichkeiten gibt, die bei eintretender Collision heiliger sind, als andere. So muß unter andern der Credit, bei dessen Gebung weniger die freie Willkühr thätig werden konnte, mehr auf den Schutz des Gesetzes Anspruch machen, als derjenige, wo das entgegengesetzte Verhältniß eintritt, und daher z. B. die Wiedererstattung des vom Vater verzehrten Peculiums seiner Kinder billig eine stärkere Berücksichtigung fordern, als die Zurückzahlung eines Darlehens.

q) Diese gleichförmige Behandlung ohne Rücksicht auf die Art

das Kleine wie das Große nach einem und demselben Leisten behandelt, nicht darin, daß statt zwei fünf oder mehr Classen Statt finden, liegt eine Hauptursache der Verschleppung mancher Concurssachen. Mag also immerhin bei der Vermögens-Unzulänglichkeit des armen Häuslers im allgemeinen die Nothwendigkeit eines Concurses eben so eintreten, wie bei dem überschuldeten Besitzer eines Ritterguts, bei dem Krämer der sich für insolvent angibt, wie bei dem Großhändler auf dem ersten Handelsplatz, der seine Zahlungen einstellt; — die Vernunft lehrt, daß der Concurs-Prozeß dort ein anderer ist und seyn muß als hier.

Zweites Kapitel.

Ursprung des heutigen Concursprozesses.

§. 10.

Derselbe ist ein Product des Gerichtsgebrauchs.

Es mag hier nicht am unrechten Orte seyn, einige Blicke auf die allmählige Entstehung, also auf das Historische unseres heutigen Concursverfahrens zu richten, da ausser dem Interesse, welches die Betrachtung der genetischen Verhältnisse eines vor andern in der Zeitfolge nach und nach ausgebildeten Instituts ohnehin darbietet, auch das Verständniß mancher Eigenthümlichkeiten dabei gewinnt.

---

des Schuldenwesens ist es, worüber schon Mevius (P. IV. dec. 86. Nro. 5.) klagt, wenn er bei der Frage: wie Concursprozesse abzukürzen, den freilich bekannten, aber in der Anwendung leider nur zu oft verkannten Gemeinplatz ausspricht: nihil absurdius quam dissimilia simili peragi processu et diversa confundere.

So viele Materialien im gemeinen, besonders römischen Recht für das Concursrecht und selbst für den Concursprozeß sich finden, und so sehr bei der Ausbildung des letztern Grundsätze des römischen Rechts, ja selbst des bei den Römern wenigstens in der letzten Periode ihrer Legislation üblichen Verfahrens in Schuldensachen eingewirkt haben, so ist doch die Quelle unsers heutigen Concursprozesses in seiner originellen Gestalt weder in dem römischen, noch canonischen, noch in dem deutschen gemeinen geschriebenen Recht zu suchen. Zwar findet sich schon eine Idee des Hauptcharakters unseres Concurses, die Allgemeinheit, in der const. 10. C. de bonis auct. jud. possid., indem die auch nur von Einem Gläubiger erwirkte Immission in die Güter des Schuldners auch den übrigen sich anschließenden Gläubigern zu Statten kam *r*), was von dem Richter auch rücksichtlich der unbekannten Gläubiger in gewisser Art von Amtswegen zu berücksichtigen war: allein es blieb auch nur bei der unvollkommenen Idee. Unser Concurs ist lediglich ein Produkt des Gerichtsgebrauchs, der von der Zeit an in das Leben trat, und hier unmerklich seine Wirkung auf die Ausbildung des Prozeßrechts und des ordo procedendi äusserte, als die römischen Theorien von der cessio bonorum und deren Wirkungen, ferner von Hypotheken, selbst stillschweigenden, und von mehrern Classen prioritätisch verschiedener Gläubiger ꝛc. die deutschen einfachern Begriffe und Institute von der Erwerbung dinglicher Rechte, vom Pfand, dessen Bestellung und Wirkungen ꝛc. verdrängten, oder in das neue Recht verwebten. Dadurch wurden die Vorzugsrechte vermehrt und eben durch die Vermischung mit heterogenen Bestandtheilen noch complicirter gemacht, daher die Schwierigkeiten der Regulirung eines Schul-

---

r) Mittermaier der gemeine Prozeß ꝛc. Beitr. III. S. 171.

denwesens gehäuft. Von dem Gange der Ausbildung des heutigen Concurses durch den Gerichtsgebrauch wird hernach (§. 17.) die Rede seyn.

§. 11.

Römisches Verfahren in Concursfällen.

Daß unser heutiger Concursprozeß seinen Ursprung nicht aus dem römischen Recht ableitet, oder doch nicht schlechthin, ergibt sich, wenn man das römische Verfahren gegen Schuldner betrachtet. Nach der Justinianischen Gesetzgebung, auf die sich, mit Umgehung der frühern Perioden des römischen Rechts, bei dieser Entwickelung beschränkt wird, war das Verfahren folgendes *s*).

Wenn sich ein Schuldner 1) freiwillig zur Vermögensabtretung an seine Gläubiger meldete, oder 2) zu dessen Verlassenschaft kein Erbe sich fand, auch der Fiskus dieselbe als herrenloses Gut nicht in Anspruch nahm, oder endlich 3) wenn er sich den gerichtlichen Verfolgungen seiner Gläubiger entzog, und unvertheidigt blieb *t*); so wurde auf Verlangen eines oder mehrerer Gläubiger mit der missio in bona des Schuldners verfahren, und zur Aufsicht über die Güter ein curator bonorum bestellt *u*). In den bemerkten drei Fällen, wo wir auch jetzt noch eine freiwillige Cession mit der Wirkung zur Concurs-Eröffnung annehmen (§. 6.), konnten, wenn jene Gläubiger durch richterliches Urtheil in den Besitz des

---

s) Kori System des Conc. Prozesses (Leipzig 1807. 8.) I. § 8 ff.
Heffter Institut. des röm. und deutschen Civilprozesses (Bonn 1825. 8.) S. 564. ff.

t) L. 3. 5. 9. C. de bonis auct. jud. poss. (VII. 72.)

u) Tit. D. de curatore bonis dando.

Vermögens ihres Schuldners gesetzt worden waren, auch noch andere Gläubiger und zwar binnen zwei oder vier Jahren, je nachdem sie in oder ausser derselben Provinz wohnten, ihre Forderungen liquidiren und, gegen Ersatz der antheiligen Kosten an die vorher Immittirten, mit ihnen in Gemeinschaft treten, sofern der Verkauf der Güter noch nicht geschehen war, welcher auch aussergerichtlich vorgenommen werden durfte. Der Ueberschuß nach Abzug der Forderungen wurde für die etwa später noch auftretenden Gläubiger in dem kirchlichen Schatz des Orts gehörig beglaubigt ad depositum hinterlegt. Dagegen war überall von einer concursartigen Behandlung im heutigen Sinne keine Rede; nirgends von einer unter Aufsicht und Leitung des Richters erfolgten Beschlagnehmung und Verwaltung des Vermögens, als einer nun schlechthin für sämmtliche Gläubiger als Befriedigungs-Object bestimmten Masse, noch weniger von einer Gemeinschaft aller Gläubiger selbst mit Einschluß der Pfand-Berechtigten, welche Gemeinschaft durch eine öffentliche, mit präclusiver Kraft erlassene provocatio ad agendum bewirkt worden wäre und die Folge gehabt hätte, daß Alle ihre Befriedigung nun lediglich im Wege einer unter richterlicher Leitung erfolgenden Gemeinheitstheilung erwarten durften.

Diese Idee der Universalität des Concurses im modernen Sinne war den Römern ganz unbekannt. Das römische Concursverfahren, wenn man es so nennen will, gestattete vielmehr jedem Gläubiger nach wie vor (mit Rücksicht bloß auf die Beschränkungen, wovon oben §. 5. die Rede war) nach der Maxime occupantis melior conditio, so gut als möglich zu dem Seinigen zu gelangen, oder sich durch ein prätorisches Pfandrecht zu sichern. Die Pfandgläubiger bedurften weder der Cession noch der Immission, weil ihnen ohnehin ihr Recht unverändert

blieb, welches sie auch gegen den curator bonorum so wie gegen einen dritten Inhaber der verpfändeten Sache geltend machen konnten. Nahmen sie also an dem Verkaufe der Güter freiwillig keinen Theil, so präjudizirte ihnen derselbe auch nicht, und sie waren von der Gemeinschaft der übrigen Gläubiger abgesondert, welchen es nun frei stund, durch volle Bezahlung das Pfandstück einzulösen oder gegen Sicherheitsleistung für die Pfandschuld dasselbe zu veräussern.

§. 12.
Fortsetzung.

Auf diese Weise war also das römische Concursverfahren eigentlich nur auf die chirographarischen Gläubiger berechnet. Es ging die Hypothek- und Pfandgläubiger nichts an, sondern nur die chirographarischen Gläubiger und diejenigen unter diesen, die ein privilegium exigendi oder die Befugniß hatten, vor allen schlechthin chirographarischen Gläubigern befriedigt zu werden. Diese Privilegirten mußten wenigstens bei dem Creditwesen über verschuldete Erbschaften zu den Verhandlungen der Gläubiger über einen Nachlaßvergleich ausdrücklich gefordert werden, und die Mehrheit der Gläubiger konnte nur, wenn sie nicht entschuldbar abwesend waren, einen ihnen nachtheiligen Beschluß fassen *v*). Das ganze römische Creditwesen löste sich somit in Verhandlungen der einzelnen Gläubiger mit dem Curator auf. Entstanden Streitigkeiten über die Vertheilung der Masse, als wofür bloß der Curator zu sorgen hatte, und für deren gesetzmäßige Vornahme verantwortlich war *w*), so trat das richterliche Amt ein. Von öffentlichen Aufgeboten sämmt-

---

v) L. 10. D. de pactis. Heffter a. a. O.

w) Kori a. a. O. §. 8. a. E.

licher Gläubiger mit einer sogar den Pfandgläubigern präjudicirenden präclusiven Kraft zeigt sich, wie gedacht, keine Spur. Jeder vor der Vertheilung der Masse sich noch meldende Gläubiger konnte ohne weiters an derselben Theil nehmen; die Pfandgläubiger konnten sich ohnehin zu jeder Zeit an ihr Pfand halten. Unbekannt war eine Gemeinschaft aller Gläubiger unter Leitung des Richters, unbekannt unser peremtorischer Liquidationstermin, und die Befriedigung der Gläubiger auf den Grund eines Locationserkenntnisses u. s. w.

§. 13.
Aelteres deutsches Recht.

Auch nach deutschem Rechte war ohngefähr bis zum Anfange des 17ten Jahrhunderts von einem dem heutigen Concursprocesse auch nur ähnlichen Verfahren nichts bekannt. Es zeichnete sich überhaupt das ältere Verfahren gegen Schuldner mehr durch Strenge in der Execution als durch Zweckmäßigkeit aus, mehr durch Härte gegen die Person des Schuldmanns, der daher oft vielleicht wider Willen dahin gebracht wurde, sein Heil in der Flucht (und dann natürlich nicht mit leeren Taschen) zu suchen *x*), als durch vernünftige Berücksichtigung des eigentlichen Zwecks der Gläubiger, der doch mehr auf das

---

x) Die gewöhnlichste Veranlassung zu Vergleichen (Accorden) der Gläubiger mit ihren Schuldnern gab die durch die Strenge gegen letztere veranlaßte Flucht derselben. Um diese Vergleiche einzugehen, erbat sich der ausgetretene Schuldner von der Gerichtsobrigkeit sicheres Geleite, dessen Ertheilung die Gläubiger denn kein Hinderniß machten, weil sie sich lieber in Güte mit ihrem Schuldner setzen, als die richterliche Hülfe im Weg des Concurses abwarten wollten. Mevius ad jus Lub. P. III. Tit. 1. Art. 13. nro. 1.

Vermögen als auf die Person des Schuldners gerichtet seyn muß, oder auf diese nur in sofern, als deren Angriff die Befriedigungsmittel herbeiführt.

Dieß letztere bezweckten denn allerdings die altdeutschen Executionsmittel von der Uebergabe (Schlagen) zu Hand und Halfter, wodurch der Schuldner dem Gläubiger zu Gesindediensten und dadurch zum Abverdienst addicirt wurde y), so wie die Vollstreckung der von dem Schuldner selbst schon bei Eingehung des Schuldverbands übernommenen Verpflichtung, sich im Nichtzahlungsfall an einen bestimmten Ort begeben und allda bis zur Zahlung der Schuld bleiben zu wollen (Einlager, Einreiten, obstagium) und endlich die von der Gerichtsobrigkeit verfügte Einkerkerung oder der Schuldthurm bis zur erfolgenden Befriedigung der Gläubiger. Denn man durfte annehmen, daß der Schuldner zur Wiedererlangung seiner Freiheit alle Mittel und Verbindungen in Bewegung setzen würde, welche dazu dienen konnten, die Ursache der Beraubung derselben wegzuräumen. Natürlich mußte, nachdem das römische Recht in Deutschland Fuß gewonnen, die Frage entstehen, wiefern der Schuldner, falls er ohne sein Verschulden in Zahlungsunvermögen gerathen, nach gleicher Strenge zu behandeln sey, wie der böse Schuldenmacher und betrügerische oder muthwillige Bankerottirer und ob jener nicht von dem beneficium cessionis bonorum Gebrauch machen dürfe. Hiebei waren denn einige Gesetzgebungen strenger, andere nachsichtiger. Zu den strengern gehören in der Regel die

y) Mev. l. c. P. I. Tit. 3. Art. 1.

Kopp's ausführl. Nachricht von den ꝛc. geistl. u. Civil-Gerichten in den fürstl. Hessen-Cassel. Landen. (Cassel 1769. 4.) I. Thl. §. 417.

Gesetzgebungen der Handel treibenden, folglich den Credit höher in Anschlag bringenden Länder; daher hat nach Lübischem Recht *z*) der Gläubiger bei der cessio bonorum ohne Unterschied die Wahl, ob er sich an das abgetretene Gut, um daraus seine Bezahlung zu suchen, oder an die Person des Schuldners halten will. Auch nach Nürnberg. Statutarrecht *a*) befreit die Vermögens-Abtretung nicht von der persönlichen Haftung. Dieses kennt übrigens noch eine besondere Art der Hülfsvollstreckung, die Verweisung aus dem Wohnorte. Wenn nämlich der Gläubiger die Einlegung des Schuldners in dem Schuldthurm nicht verlangt, oder ihm darin den nothdürftigen Unterhalt (Brod und Wasser) nicht abreichen will, so soll auf dessen Verlangen der Schuldner "einen leiblichen Eid schwören, von der Stadt oder seinem Anwesen auf dem Lande fünf Meil wegs hintan zu seyn, so lang und viel, bis er den Gläubiger zufrieden stellt, — mit Manifestirung seines Vermögens und dem Versprechen der Befriedigung des Gläubigers, wenn er wieder zu bessern Vermögensumständen kommen sollte. Auch das sächsische Recht *b*) befreit den insolventen Schuldner nicht von dem Schuldthurm wegen der Vermögens-Abtretung, wenn diese nicht mit Bewilligung der Gläubiger erfolgt. Dagegen läßt das bayer. L. R. (Tit. 13. Art. 8.) nur den durch Schuld ins Verderben gerathenen Schuldner nicht zur Cession, sondern verfährt mit Verhaft gegen seine Person und alsdann mit Gefängniß oder Landesverweisung.

---

z) Mev. l. c. I. Tit. 3. art. 1.

a) Nürnberg. erneuerte Reformation vom Jahr 1564. Tit. XI. Gesez 6.

b) Constit. P. II. const. 22.

§. 14.

Fortsetzung.

Indessen erfolgte weder auf die Annahme der Cession noch auf die Vermögens-Beschlagnehmung, die auf Antrag der Gläubiger geschah, vor dem 17ten Jahrhundert, und auch da noch nicht aller Orten, ein eigenes concursmäßiges Verfahren. Es galt nur der Hülfsvollstreckung durch Veräusserung oder Vergantung c) des in Beschlag genommenen Vermögens, besonders der Immobilien und der Frage in welcher Ordnung die bekannten und von dem Schuldner allenfalls mittelst eidlicher Specification anzugebenden Gläubiger aus dem unzulänglichen

---

c) Daß man unter Gantprozeß in Süddeutschland schon in früherer Zeit nicht bloß die Subhastation, sondern auch den Concurs der Gläubiger, wenigstens nach seiner damaligen Gestalt, verstund, darüber gibt den Beweis die bayer. Gantprozeßordnung de 1616. im I. Titel 1. Artikel mit folgender Definition: "wiewohl das Wort Gant-Prozeß oder Vergandtung ins Gemain nichts anders, als ein offentliche Außfailung eines Gutes, so da beschicht durch offentliche Verrüeffung deß Gerichts- oder Fronbotten, oder angeschlagene Gandtzettelen, insonderheit aber, so vil in diesen Fürstenthumben dieser Prozeß in übung ist, eygentlich bedeutet die Vollziehung einer Urtheil oder Erkandtnuß im Gericht ergangen, durch offentliche Ausfailung deß Schuldners Güter, welche deme, der am maisten darauf legt, verkaufft, oder den Gläubigern für ihre erkennte Sprüch und Forderungen, an statt der Bezahlung eingeantwortet werden, so würdet doch allhier in diesem General-Titul unter solchem Wort der ganze Prozeß, so erstlich zwischen den Gläubigern, welcher unter ihnen den Vorzug mit seinen Sprüchen haben soll, geübet würdet, dann auch die endliche Vergandtung selbs, also der Edicts-Prozeß sowohl, als die würkliche Vergandtung begriffen."

Vermögen zu befriedigen. Es kam also weniger auf ein Concursverfahren im heutigen Sinne an oder

> auf eine aus Anlaß der Insufficienz zum Besten sämmtlicher Gläubiger von Gerichtswegen erfolgende Beschlagnehmung des Vermögens und dessen Formirung zu einer Masse, woraus alle bekannte und durch Edictalcitation zur gleichmäßigen Geltendmachung ihrer Rechte aufgeforderte unbekannte Gläubiger mit Rücksicht auf ihr gesetzliches Vorzugsrecht, so weit die Masse hinreicht, gemeinschaftlich zu befriedigen, —

weniger auf eine solche Maßregel kam es an, als auf eine im Wege der Execution erfolgte Schuldaustheilung an die bekannten Gläubiger, wobei der Richter von Amtswegen auf diejenigen, die sich nicht gemeldet hatten, keine Rücksicht nahm, die Pfandgläubiger sich übrigens vor allen an ihre Pfänder hielten.

Die ältern Concursordnungen waren daher nichts als Executions- und Prioritätsordnungen, oder vielmehr es gab gar keine besondere Concursordnung, sondern die Prozeßordnungen handelten in dem Titel von der Hülfsvollstreckung oder unmittelbar in Verbindung mit demselben, wie im Falle der Unzulänglichkeit des Vermögens zu verfahren sey. Hier war denn das Verfahren verschieden, je nachdem 1) der Schuldner gegenwärtig oder 2) flüchtig geworden war. Im erstern Falle blieb es bei der simpeln Execution. Denn es fehlte nicht an Mitteln der Hülfsvollstreckung, weil, wenn auch kein hinlängliches Vermögen vorhanden war, doch wenigstens die Person des Schuldmanns übrig blieb, welche nach damaligen strengen Grundsätzen rücksichtlich der Behandlung der insolventen Schuldner allerdings ein Executions-Object darbot, dessen Werth nicht nach den heutigen An-

sichten angeschlagen werden darf. So war also hier in gewisser Art keine Insufficienz des Vermögens vorhanden, und auch das andere Erforderniß des Concurses, die Collision der Gläubiger, mußte minder häufig eintreten, theils weil manche vorzugsrechtliche Anhaltpunkte ohnehin erst bei weiterer Rechtsbildung sich bemerkbar machten, theils schon darum, weil der Prioritätspunkt der Forderungen wohl hauptsächlich nur insofern zur Sprache kam, als das Vorzugsrecht den Zutritt zu dem freilich bequemern und sicherern Befriedigungsmittel, dem Vermögen, erleichterte, indeß den minder privilegirten Gläubigern bald mehr, bald weniger nichts übrig war, als die Person des Schuldners.

Im andern Falle (ad 2.) wo nämlich der Schuldner flüchtig geworden war, und eigentlich nur in diesem allein, trat die Nothwendigkeit eines besondern Verfahrens in der Execution ein.

Nach Verschiedenheit dieser Fälle bestimmte die erneuerte Nürnberg. Reformation von 1564. A.) im 11ten Titel Ges. 6. "von gerichtlicher Execution und Vollziehung ergangener Urthel:" daß wider den gegenwärtigen Schuldner im Falle der Unzulänglichkeit seines Vermögens mit Personal-Arrest auf Begehren der Gläubiger verfahren und wenn er drei Tage in den Eisen gesessen, derselbe auf Kosten der Gläubiger bei Wasser und Brod in den Schuldthurm gebracht werden solle. Uebersteigt die Schuld nicht 100 fl. so ist die Dauer des Schuldthurms fünf, bei höherem Betrage zehen Jahre. Mit Ablauf dieser Zeit ist der Schuldner aber von der Schuld befreit. Von einer Edictalcitation ist hier überall keine Rede. — B.) Dagegen verordnet der 12te Titel: "von trünnigen oder flüchtigen Schuldnern und wie gegen ihre Person und Güter gehan-

delt und exequirt werden soll" — folgendes: nachdem sich vielmalen zuträgt, daß die Gläubiger mit Einbringung ihrer Klagen säumig, und erst wenn die andern Gläubiger ihre Gerechtigkeiten ausgeführt, und um den Vorgang erkannt werden soll, klagen wollen, wodurch die Prozeß und gerichtliche Handlungen gesperrt werden, solchs zuvor zu kommen *d*), soll ein offen Edict begehrt und ertheilt werden, darauf ein jeder Gläubiger in der im Edict bestimmten Zeit ohn Fürpot (specielle Ladung) erscheinen und seine Schuld — — beweisen und ausführen und auf Erkenntniß des Gerichts einen Eid schwören soll, daß seine angegebene Schuld die Wahrheit und ihm dieselbe noch ausständig sey, daß er auch solches zu gefährlichem Nachtheil, anderer Gläubiger und dem Flüchtigen zu vorsetzlichem Vortheil nicht thue oder vornehme. Darauf sollen des Flüchtigen Güter unter das Panner gelegt, geschätzt, verfeilst und verkauft werden, und dem Flüchtigen hierzu zu verkünden, von Unnöthen seyn. Die erlößte Summe soll hinter Gericht erlegt und ein jeder nach seiner bewiesenen Gerechtigkeit öffentlicher oder schweigender Verpfandung oder sonst gefreiten Schulden auf Erkanntnuß des Vorgangs bezahlt werden. Und welche alsdann ihrer Schulden nicht bezahlt werden, denen soll bevorstehen, den Flüchtigen an Orten und Enden, da sie ihn betreten, bei derselben Obrigkeit zu verklagen, zu verhaften, und sich ihres ausständigen Rests zu erholen."

Die

d) Vielleicht auch um Collusionen der tergiversirend zurückbleibenden Gläubiger mit dem Schuldner zu verhüten; — denn darauf scheint wenigstens der abzuleistende Eid zu zielen.

Die sächsische Prozeßordnung von 1622. e) kennt noch kein eigentliches Concursverfahren und selbst die darauf folgenden Verbesserungen f) zur erläuterten Prozeßordnung vom Jahr 1724. bestimmen dießfalls nichts weiter, als daß zur Abkürzung der bisher ungebührlich verschleppten Concurs-Prozesse die Obrigkeiten bei entstandenem Concurs unverzüglich alle und jede dabei interessirte Gläubiger und zwar alsbald sub poena praeclusi nebst dem Schuldner oder dessen Erben oder auch dem verordneten curator litis in sächsischer Frist auf einen gewissen Tag vorladen, deren Forderungen gründlich und kürzlich untersuchen, des Schuldners Vermögen dagegen halten und vor allen Dingen die Güte versuchen, wenn aber selbige fehlschlage, mittelst eines Designations-Abschieds den Concurs auf einmal zu heben suchen sollten. Hier ist also namentlich von einer Edictalcitation im Concurse, die erst im Jahre 1661. bekannt g), und im Sach-

e) Dieselbe bestimmt nämlich Tit. XLI. "Dieweil bei Vollstreckung der Hülffen offtmals andere Gläubiger mit einkommen, und dahero zwischen ihnen der Priorität halber, wer vor dem andern bezahlt werden soll, Streit vorzufallen pflegt, hierüber auch ohne das dergleichen Schuld-Sachen sehr gemein werden wollen, so haben wir um mehrer Nachrichtung willen, die Nothdurfft zu seyn erachtet, derowegen sonderliche Verordnungen zu thun, damit man sich nicht allein in Urtheilen hernach richten, sondern auch ein jeder in Schuld-Sachen desto besser vorzusehen, und dergleichen Disputat, so viel müglich, ohne Weitläuftigkeit Rechtens abgeholfen werden möge. Wollen demnach, daß man sich dieser unserer Ordnung durchaus in allen Gerichten unserer Lande halten solle. — Es seynd aber in gemein fünf unterschiedene Classes oder Hauffen der Gläubiger" ꝛc.

f) Berger in elect. disc. for. ad Tit. XLI. p. 1355.

g) Berger l. c. p. 1739.

sen Gothaischen erst durch die Proceßordnung von 1670. nachgelassen wurde, (s. §. 18.) überall noch keine Rede.

§. 15.
Insonderheit älteres bayerisches Recht.

Die bayerische Gantordnung von 1616. nähert sich schon merklich mehr dem heutigen Concursverfahren. Nach derselben (Tit. III.) soll bei Klagen auf Realforderungen an unbewegliche Güter oder Gerechtigkeiten dem Beklagten ein Termin von 14 Tagen zur Befriedigung des Gläubigers anberaumt werden, unter der Verwarnung, daß ausserdem mit Span- und Wasenschnitt (symbolischer Pfändung) auf weiteres Anrufen verfahren werden würde. Nach Ablauf der Frist soll mit der bemerkten Pfändung verfahren, sodann durch Ausfertigung und Anschlagung offener Edicte ein Edictrechtstag (Liquidationstermin) angesetzt, und durch diese Edictalien alle diejenigen, welche Ansprüche an das auf die Gant gebrachte Unterpfand zu haben glauben, der Schuldner aber specialiter, vorgeladen werden. Im ersten Edictstag hat der Executionssucher auf Einantwortung des Pfands nach Gantrechtsbrauch anzutragen, worauf auch die übrigen, die ein besonderes oder allgemeines Pfandrecht zu haben glauben, zur Liquidation gelassen werden und hiernächst in dem zweiten und dritten ebenfalls öffentlich bekannt zu machenden Edictstage weiter bis zum Beschluß der Sache zu verhandeln haben. Sodann wird Termin zur Eröffnung des Erkenntnisses über die Richtigkeit und das Vorzugsrecht anberaumt, und dieses Erkenntniß (Gantzettel) öffentlich angeschlagen, gegen welches die Weigerung (Appellation) offen steht. — Sobald das Prioritätserkenntniß rechtskräftig geworden, wird zur wirklichen Subhastation oder Vergantung des Gutes geschritten (Tit. IV.). Dasselbe wird drei Ganttage nach einander öffentlich ausgerufen, um zu versuchen, ob etwa jemand soviel oder

noch mehr, als die darauf haftende Schuld beträgt, zu bieten bereit sey. Güter von größerem Umfange, Hofmarken, Edelmannssitze rc. sollen vor allen durch gewählte Curatoren unter der Hand annehmlich verkauft und erst wenn dieser Versuch fehlschlägt, wie bei gemeinen Gütern mit der öffentlichen Feilbietung gleichfalls verfahren werden. — Wenn auf das vergantete Gut nicht soviel geboten wird, daß alle Gläubiger befriedigt werden können, so soll das Immobile dem wenigst bevorzugten Gläubiger für seine Forderung an Zahlungsstatt zugeschlagen werden, mit der Verbindlichkeit, die ihm vorgehenden Gläubiger zu befriedigen, oder wenn er das Gut unter dieser Bedingung nicht annehmen will, seine Forderung fallen zu lassen, in welch letzterem Falle die Reihe auf gleiche Weise dem unmittelbar vorhergehenden Gläubiger, und wenn auch dieser lieber seine Forderungen aufgeben, als die Bedingung der Befriedigung seiner Vorgänger eingehen will, dessen Vormann u. s. w. trifft. (Diese retrograde Anbietung zum Kauf an die Gläubiger ist unter dem Namen des jus delendi bekannt). Findet sich hiernach unter den Gläubigern ein Kauflustiger auf diese Bedingungen, so wird noch ein Versuch mit einer öffentlichen Feilbietung gemacht, und wenn diese kein besseres Ergebniß liefert, alsdann mit dem Zuschlage verfahren. Sobald hierauf der Käufer die erste bedungene Abschlagszahlung an dem Kaufschilling gethan, wird ihm vom Richter ein Gantbrief ausgefertigt und das Gut eingeantwortet. Eine Einlösung von Seiten des Schuldners findet nach eröffnetem Ganterkenntniß nicht mehr Statt.

§. 16.

Auch dieses bayerische Gantverfahren war kein Concursprozeß.

Mit diesem Gant- und demselben vorgängigen Liquidations- und Prioritätsverfahren, wozu die Gläubiger

edictaliter und bei Strafe des Ausschlusses *h*) vorgeladen wurden, welchem sodann nach vorgängigem Prioritäts-Erkenntniß, die Veräusserung der Masse zum Besten aller Gläubiger nach der vorzugsrechtlichen Ordnung folgte, scheint somit zwar den wesentlichen Erfordernissen des Concursprozesses genügt. Setzen wir indessen, wie recht, das Wesen eines Concurses in das Daseyn folgender Erfordernisse:

1) Unzulänglichkeit des Vermögens, die schon vor Einleitung des Concurses unzweifelhaft sich ergeben, mithin als Ursache, nicht als Wirkung des Verfahrens erscheint *i*);

2) mehrere Gläubiger,

3) mit collidirenden Interessen;

4) ein richterlicher Ausspruch (decretum de aperiundo

---

h) v. Schmid bemerkt im Commentar zu diesem Gesetz (Monachii 1695. Fol.) daß es zwar Anfangs mit der Präclusion der ausgebliebenen Gläubiger so strenge nicht genommen worden, wenn sie nur im 2ten oder 3ten Edictstage das im ersten liquidando Versäumte nachgehohlt, daß aber im Jahr 1664. gesetzlich bestimmt worden, es solle die Verabsäumung des ersten, oder Liquidations- und Produktions-Termins die Strafe des Ausschlusses zur Folge haben.

i) Ergibt sich also die Insufficienz bei einer bloßen Hülfsvollstreckung, dieselbe mag auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger (also mit Gläubiger-Concurrenz, — verschieden vom Concurse der Gläubiger) verfügt worden seyn, so kann und wird es zwar zum Concurse kommen, aber bis dieser erkannt wird, bleibt das Verfahren ein bloßes Executionsverfahren mit den wichtigen Folgen, wovon oben die Rede war. — Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zwischen dem heutigen Concursverfahren und dem was man sonst so nannte.

concursu), der die Nothwendigkeit eines Concurses zur formalen Wahrheit erhebt, und dabei den Zweck hat,

5) den Schuldner des Verfügungsrechts über sein Vermögen zu entsetzen, und

6) dieses auf die Gläubiger zu übertragen, um als gemeinschaftlicher Befriedigungsfond nach Beschaffenheit der Ansprüche der Einzelnen zu dienen; zu diesem Ende

7) Ausmittelung aller Berechtigten mittelst Provocation, (durch besondere Vorladung der bekannten, und durch Edictalcitation der unbekannten creditorischen und sonstigen Interessenten,) zur Geltendmachung ihrer Ansprüche,

8) in einem cumulativen Verfahren, ferner

9) Beschlagnehmung der Activmasse von dem Richter und deren Verwaltung unter seiner Leitung von einem Massevertreter für Rechnung der Gesammtheit der Gläubiger; hiernächst

10) Entscheidung der streitigen Theilnahmsrechte in quantitativer und qualitativer Rücksicht, (Liquiditäts- und Prioritätspunkt) und endlich

11) Vertheilung des Gegenstandes der Communion, oder der Masse:

so überzeugt man sich leicht, daß auch jenes ältere bayerische Edictal- und Gantverfahren nur zum Theil den Anforderungen unseres heutigen Concurs-Prozesses entspricht, im Ganzen aber mehr die Natur eines Liquidations- und Aufgebotsprozesses, wo nicht gar eines, ohne Universalconcurs nicht gedenkbaren *k*) Particular-Concurses hatte.

---

k) Martins Lehrbuch des bürgerl. Prozesses §. 310. a. E.

§. 17.

Gang der allmähligen Ausbildung des Concurs-Prozesses.

Es ist schon oben §. 10. bemerkt worden, daß unser heutiger Concurs-Prozeß eine Frucht des Gerichtsgebrauchs ist, und aus dem vorhin Gesagten gehet hervor, daß diese Frucht spät reif geworden. — Man kann sich den Gang des Bildungsprozesses folgendermassen vorstellen. Einzelne römischrechtliche Bestimmungen und dann partikulargesetzliche Ordnungen, die mehr als fragmentarische Ergänzungen eines in dieser Materie dürftigen gemeinen Rechts erscheinen, lieferten in Verbindung mit Autoritäten der Rechtsgelehrten den Gerichten willkommene Anhaltspunkte und instructive Normen. Ohne diese würden die Gerichte besonders in der Zeit des Kampfs alter Regeln des Verfahrens mit neuen Ideen oft in Verlegenheit sich befunden haben, zumal da es an umfassenden und alle Fälle des Zweifels beseitigenden Gesetzen über die Behandlung eines Schuldenwesens häufig mangelte, auch noch nach jener Periode des Kampfs zwischen dem Alten und Neuen, ja selbst bis zur neuesten Zeit herab. Jene legislativen Fragmente und Autoritäten waren nun die Stoffe, welche unter den Händen der Gerichte allmählig eine bestimmte Gestalt annahmen. Die Rechtsgelehrten ihrer Seits schöpften wiederum aus der Praxis der Gerichte, und indem sie Maximen der Behandlung, welche sie hie und da wahrzunehmen Gelegenheit fanden, als Erfahrungssätze zur Ergänzung ihrer Theorien benutzten und zur Befolgung empfahlen, so entstund gleichsam durch wechselsweises Geben und Nehmen und Wiedergeben im Leben und Anwenden ein Aggregat von Rechtssätzen, die sich in der Anwendung bewährten und so selbst wieder Grund zur Ueberzeugung von der Nothwendigkeit ihrer Befolgung wurden. Dieser Schöpfung legislativer, doctrineller und praktischer Bestrebungen fehlte nun

nur noch Einheit und System. Sie erhielt selbige durch die wissenschaftlichen Bemühungen der neuern Zeit, wodurch die vorhandenen Materialien zu einem Ganzen dogmatisch geordnet wurden und durch Analogisirung, sowie durch rechtsphilosophische Ergänzungen der Lücken, diejenige vollendete Form und Ausbildung annahmen, in der wir den Concurs-Prozeß in den Lehrbüchern über den Prozeß vor uns sehen. Wenn derselbe hier als ein gemeinrechtlicher gegeben wird, so ist dieß insofern richtig, als er ein hauptsächlich mittelst doctrineller Induction gewonnenes Abstractum von Rechtswahrheiten ist, die mehr oder weniger allenthalben gegolten haben und noch gelten. So gehört denn dieser s. g. gemeine Concurs-Prozeß allerdings allen Ländern Deutschlands, eigentlich aber keinem ganz an, so weit ihn nicht die einzelnen Gesetzgebungen ausdrücklich oder in Ermangelung eigenthümlicher Ordnungen durch den Gerichtsgebrauch zu dem ihrigen gemacht, oder ihm wenigstens subsidiäre Geltung verliehen haben, was wohl in den meisten Ländern Deutschlands bis jetzt der Fall war.

§. 18.

Fortschritte besonders im 17ten Jahrhundert.

Das 17te Jahrhundert scheint vorzüglich zur Reife unsers Instituts beigetragen zu haben. Besonders führte nach dem 30jährigen Kriege die Noth der Zeiten, die überhandgenommene Verschuldung und das traurige Schicksal der von ihren Gläubigern gedrängten Schuldner eine weitere Ausbildung des Concurs-Prozesses und mehrere Modificationen des Verfahrens herbei. So war also die Verbesserung des Concurswesens ein Produkt der Noth der Zeiten und man würde unter andern Umständen so wenig daran gedacht haben, als wie daran, das Kriegskosten-Peräquationswesen nach den Forderungen

des Rechts besser einzurichten zur Zeit eines langen Friedens, oder an die Mittel zur Verhinderung der Korntheuerung zu einer Zeit, wo der Landwirth wegen zu großer Wohlfeilheit der Kornpreise verdirbt.

Vornämlich wurde jetzt erst die Nothwendigkeit der Edictalcitation erkannt. Eigentlich gab dazu die Vermögens-Abtretung des Schuldners selbst Veranlassung. Indem der Schuldner den Richter unter Anerbietung zur Cession zur Vergantung aufforderte *l*), mußte ihm zunächst daran liegen, keinen, der Anspruch an sein Vermögen hatte, und der möglicherweise ihm selbst unbekannt seyn konnte, unbefriedigt auf dem Rücken zu behalten, indeß er jetzt seiner leichter sich entledigen konnte durch Anweisung auf die gemeine Masse. Auch scheint hauptsächlich die Vorstellung von der im Amte des Richters liegenden Pflicht der Fürsorge für alle Betheiligte, die ihre Rechte aus einer oder der andern Ursache selbst zu besorgen ausser Stande sind, namentlich also für diejenigen Gläubiger, die aus Unbekanntschaft mit der Regulirung eines Schuldenwesens, wobei sie interessirt waren, leicht in Gefahr gerathen konnten, die Maßregel zunächst veranlaßt zu haben, die vor allen als die geeignetste erscheinen mußte, die Summe aller Ansprüche an ein abgetretenes Vermögen kennen zu lernen.

So wie es indessen in diesem und jenem Lande länger oder kürzer gedauert hat, bis der Concursprozeß seine heutige Gestalt angenommen, so hat man sich besonders hart daran gewöhnt, an der Edictalvorladung keinen Anstoß zu nehmen. Es geschah dies keineswegs aus Schonung der Rechte der Gläubiger und nach dem Sa-

---

l) Eichhorns deutsche Staats- und Rechtsgeschichte IV. §. 576.

ße: quod nemo invitus agere cogatur (denn so spitzig nahm man die Sache sonst nicht,) sondern aus Rücksicht für den Schuldner. Die öffentliche Schmach, womit der Bankerottirer gebrandmarkt war, war allerdings ein überwiegendes Motiv, ohne die äusserste Noth nicht zu einem Mittel zu schreiten, welches wie das öffentliche Aufgebot der Gläubiger die Erklärung bei sich führte, daß bei dem Schuldner kein Grund zur Schonung seiner Ehre und seines guten Namens mehr vorhanden sey. Dieß war nun besonders der Fall, wenn der Schuldner flüchtig wurde; daher in diesem Falle das Mandat der vereinigten deutschen Hanse-Städte wider die muthwilligen Falliten und Banquerottirer vom 30. April 1620. bestimmte, daß nicht nur der ausgetretene Schuldner zum Wiedererscheinen, sondern auch die Gläubiger per publica proclamata zur Liquidation vorgeladen werden sollten. Ein merkwürdiges Beispiel von dieser Ansicht, selbst noch in späterer Zeit, liefert die Sachsen Gothaische P. O. vom Jahr 1670. *m*).

---

m) "Dieweil aber bisanhero — dieß sind die Worte P. I. cap. XVIII. §. 4. — die Erfahrung bezeuget, daß die Concurs-Sachen unter andern dahero so lang verzogen worden, daß die praetendirende Creditores sich nicht auf einmal, sondern einer zu dieser, der andere zur andern Zeit angemeldet, und dann hieraus erfolget, daß wenn gleich die meisten Creditores nicht alleine ihre Forderungen liquidiret, sondern auch unter einander verfahren, dennoch sie mit denen von neuen sich angemeldeten Creditoren, sich anderweit einlassen müssen; Ob nun wol an etlichen Orthen gebräuchlich, daß, zu Abkürtzung solcher Concurs-Prozessen, die sämtliche Creditores edictaliter citiret werden: Dieweil aber dadurch der debitorum ehrlicher Name, die doch oft ohne ihr verschulden in solchen Concurs gerathen, in grosse Gefahr gesetzet wird: Als wollen Wir hiermit, daß zwar, zu Beschleunigung

§. 19.

Hindernisse der Ausbildung des Concursprozesses.

Die Ideen und Grundsätze, worauf unser heutiger Concursprozeß gebaut ist, zeugen unstreitig von eben so viel Einsicht in das Wesen der Sache als von nicht gemeiner Sorgfalt in der Behandlung der hier eintretenden mannigfaltigen Rechtsverhältnisse. Auch dürfte es in der That schwer halten, im Ganzen etwas besseres zu erfinden. Man wird auf jeden Fall dem Geiste unseres Concurses die Gerechtigkeit widerfahren lassen müssen, daß er sich durch eine feste Grundlage und durch Consequenz in der Durchführung seiner Theorie eben so, als durch richtige und humane Würdigung der Umstände der Gläubiger und des Schuldners auszeichnet. Den nähern Betrachtungen dieser Vorzüge ist das folgende Kapitel gewidmet. Indessen ist das Institut nicht von manchen Unvollkommenheiten frei, was auch nicht befremden darf, wenn man erwägt, daß schon die Reichhaltigkeit der hier zur Sprache kommenden Gegenstände die Bemühungen erschwert, Licht, Zusammenhang und Zweckmäßigkeit in alle Theile des complicirten Organismus zu bringen. Hiezu kommen denn noch die localen Isolirungen der Gesetzgebung und Jurisprudenz, und das dadurch verursachte Hinderniß bei dem, auf ein gemeinschaftliches Ziel

---

der Concurs-Sachen, solche edictal-Citationes in diesem Fall außgelassen werden sollen, damit alle und jede Gläubiger, welcher Orthen und Enden die auch seyn mögen, innerhalb gewisser Frist, sub poena praeclusionis, oder bey Verlust ihrer Forderung, jedoch nach reifer Betrachtung aller hierbey waltenden Umstände, citiret; Die Citationes aber aufs gelindeste und glimpflichste eingerichtet werden sollen, damit die debitores an ihrem ehrlichen Namen, (der ohne des hierdurch im geringsten nicht laediret seyn soll,) nicht verletzet werden mögen.

gerichteten Bestreben, da fast jedes deutsche größere und kleinere Land seine eigene, nach wirklichem oder vermeintem Localbedürfniß, (bisweilen wohl mit Ignoranz oder Ignorirung dessen, was anderwärts geschah,) eingerichtete Executions- und Concursordnung hat, wenigstens was die Grundzüge des Verfahrens betrifft, wobei die Lücken der s. g. gemeine Prozeß ausfüllen muß. Da bei der früherhin bestandenen Territorialzerstückelung die Mannigfaltigkeit beliebiger Compositionen in der Prozeßgesetzgebung (wovon unter andern rücksichtlich der Subhastationsordnung in der Folge Beispiele angeführt werden sollen) sich noch mehr vervielfältigte, so läßt sich daraus wenigstens zum Theil die Erscheinung erklären, warum die nach so sehr divergirenden Richtungen unternommenen Bemühungen für die Verbesserung unseres Executions- und Concurs-Wesens nicht überall ein gleich glücklicher Erfolg belohnt hat, warum vielmehr für die so höchst ersprießliche Einfachheit des Ganzen und damit zugleich für die Beschleunigung unserer Concurse noch manches zu wünschen übrig bleibt.

Drittes Kapitel.

Eigenheiten, Vorzüge und Mängel des heutigen Concursverfahrens überhaupt.

I. Das Prinzip der Allgemeinheit. — Der Hauptcharakter desselben.

§. 20.

Dessen Wesen und Tendenz.

Der Concursprozeß unterscheidet sich nicht nur von allen übrigen Prozeßarten, sondern auch von dem römischen und ältern deutschen Verfahren gegen Verschuldete

besonders durch das folgenreiche Prinzip der **Allgemeinheit**, worauf das Wesen unseres heutigen Concursprozesses beruht, und welches sich in der Anwendung einer nur dieser Prozeßart eigenthümlichen **Fürsorge** für die (quantitativ und qualitativ) verhältnißmäßig gleiche Vertheilung des zur Befriedigung aller Gläubiger unzureichenden Vermögens des Schuldners wirksam ausspricht. Dieß ist der **Zweck**, aber auch die **Grenze** dieser Fürsorge, die von der Verpflichtung des Staats zu Veranstaltungen für das Beste seiner Bürger ausgeht, soweit diese es selbst zu besorgen verhindert sind. Daß aber die eigene Thätigkeit der Gläubiger bei einer Insuffizienz des Vermögens ihres Schuldners unzureichend ist, ja sogar mit der Thätigkeit anderer Theilnahmsgenossen leicht sich feindselig berührt, wodurch der Zweck der Vermögensabtretung nicht nur erschwert, sondern sehr leicht ganz vereitelt werden könnte, ist oben schon (1. Kap.) erinnert worden. Das abgetretene Vermögen ist nämlich Gemeingut aller Gläubiger geworden, bestimmt zur verhältnißmäßig gleichen Vertheilung *n*); daher **eine** Masse der Befriedigungsgegenstände, und eben so **eine** Masse der Theilnehmer, (Activ — Passiv-Masse) — gehalten und gepflegt durch das Concursgericht. Diese richterliche Fürsorge beginnt aber erst mit dem Moment, da jenes Gemeingut entsteht, d. h. mit der Concurseröffnung, und dauert bis zur Vertheilung; sie geht aber nicht weiter als ihr Zweck, woraus sich manche wichtige Folge, besonders für die Grenzen der richterlichen Gewalt, ableitet.

---

n) Mit Recht nennt daher schon Salgado de Samoza in Labyr. credit. concurr. P. I. c. 1. n. 23. den Universalconcurs (wenigstens ist der Ausdruck objectiv passend) ein judicium divisorium universi patrimonii debitoris communis.

Dieser Charakter der Universalität, der sich sowohl über die Vermögens- als über die Schuldenmasse verbreitet, konnte nur mittelst einer besonderen Procedur-Art, abweichend von dem sonstigen Gange des Verfahrens, Leben erhalten. Derselbe äussert sich vornämlich

1) in einer erweiterten Gewalt des Richters,

2) in einer veränderten Stellung der Parteien;

3) in einem ausgezeichneten Verfahren, sowie endlich rücksichtlich

4) des Gegenstandes der Befriedigung der Gläubiger selbst.

Dieß sind die Eigenheiten, wodurch der Zweck des Concurses als judicium universale bedingt ist, und die nun näher betrachtet werden sollen.

§. 21.

1. Erweiterte Gewalt des Richters, und deren Grenzen.

Was die erweiterte Gewalt des Richters betrifft, so äussert sich dessen Thätigkeit im allgemeinen durch eine regere Theilnahme an der Verhandlung der Sache, als dieses bei andern Prozeßarten der Fall ist, besonders in Beziehung auf diejenigen Einschreitungen, die das Interesse der Gesammtheit der Gläubiger ("Creditorschaft") für den Zweck ihrer ordnungsmäßigen Befriedigung fordert. Der Richter sorgt daher auch unaufgefordert und von Amtswegen

1) für den Betrieb des Prozesses von dessen Beginnen mit der Eröffnung des Concurses an, bis zur Hülfsvollstreckung durch Vertheilung der Masse.

2) Er verhindert zur Handhabung der durch die Concurseröffnung eingetretenen wenigstens relativen

Rechtsgleichheit jede Isolirung in Geltendmachung der Ansprüche der Einzelnen, jede durch die größere Thätigkeit des einen Gläubigers vor dem andern entstehende Gefährdung wohlbegründeter Rechte.

3) Er gibt allen Berechtigten, auch wenn sie sich noch nicht bei Gericht gemeldet haben, durch Aufforderung Veranlassung, ihr Recht im Wege des concursmäßigen Verfahrens geltend zu machen. Denn ihm ist das Gemeingut zum Zwecke der Vertheilung an alle Theilnahmsberechtigte anvertraut.

4) Haben diese gehörig aufgeforderten Berechtigten ihr Recht gebührend angemeldet und dargethan, so weist er ihnen von Amtswegen die ihnen nach ihrem gesetzlichen Vorzugsrechte gebührende Stelle an, selbst wenn sie dießfalls aus Versehen zu wenig gebeten haben, und zwar aus dem nämlichen Grunde der rechtlich gleichen Vertheilung des Gemeinguts.

5) Auch unaufgefordert vollstreckt er sein Urtheil, ja

6) er sorgt auch, kraft einer dem Concursprozesse eigenthümlichen Attribution, wornach die Fürsorge für die Activmasse zu seinen wesentlichen Obliegenheiten gehört, für die Mittel der Hülfsvollstreckung.

Abgesehen von diesen Eigenthümlichkeiten in der Stellung des Richters, welche durch das ausgezeichnete Verfahren im Concurse bedingt sind, gelten übrigens auch hier die Grundsätze des bürgerlichen Rechtsverfahrens von der Freiheit der Rechtsverfolgung und von der Nichtstatthaftigkeit einer vormundschaftlichen Fürsorge für das Beste der streitenden Theile. Daher liegt es überall nicht in der Befugniß des Richters, die Parteien zur Verfolgung ihres Rechts weiter zu nöthigen, als eben der Zweck der durch den Concursprozeß bethätigten Fürsorge des

Staats unumgänglich erheischt. Der Richter kann folglich ohne rechtliche Veranlassung von Seiten der Betheiligten (§. 6.), also ohne Cession von Seiten des Schuldners oder ohne einen rechtlich begründeten Antrag der Gläubiger auf Eröffnung des Concurses, diesen (von Amtswegen) nicht eröffnen. Eben so wenig kann er den im ordentlichen oder summarischen Prozesse sonst gewöhnlichen Gang des Verfahrens aus vermeinter nothwendiger Fürsorge ändern, und er würde die Grenzen seiner Befugniß überschreiten, wenn er vor Eröffnung des Concurses, etwa darum, weil er sich als Gewährsmann für die Befriedigung der Ansprüche eines Bürgers an den andern betrachtete, dem Rechtslaufe durch Versagung oder Verzögerung der Hülfsvollstreckung hemmend in den Weg treten wollte. Selbst dann ist ihm eine solche Befugniß nicht eingeräumt, wenn er wahrzunehmen glaubt, daß das Vermögen eines von Einzelnen angegriffenen Schuldners zur Befriedigung aller Schulden nicht zureichen möchte, also das einseitige Andringen den einen Gläubiger gegen den andern in Vortheil setzen möchte o), vorausgesetzt, daß nicht rechtliche Gründe zu provisorischen Einschreitungen im Interesse aller Betheiligten auch schon vor der förmlichen Concurs-Eröffnung gegeben sind. Denn hier verwaltet er wieder nur sein implorirtes richterliches Amt.

§. 22.

2. Veränderte Stellung der Parteien.

1) Mit der Eröffnung des Concurses hört jedes den Gläubigern zum Nachtheile gereichende Verfügungsrecht des Schuldners über sein Vermögen auf; letzteres geht vielmehr, zwar nicht definitiv, — denn dieß hindert vor ge-

---

o) Lotz im Archiv für civ. Praxis. Band III. Seite 77. ff.

nauer Richtigstellung seines Betrags schon der Mangel an einem bestimmten Gegenstande der Abtretung, — jedoch provisorisch *p*) auf die Gesammtheit der Gläubiger über. Was zum Zwecke der Befriedigung dieser nicht erforderlich ist, fällt hiernächst an den Schuldner zurück.

2) Der Verlust des freien Verfügungsrechts des Gemeinschuldners hat auch die Folge, daß das jetzt erst abgelegte bloße Geständniß desselben keinen Beweis für die Richtigkeit einer Forderung wirkt, ob es schon auch nicht ganz gleichgültig ist *q*).

3) Der Uebergang des Vermögens von dem Gemeinschuldner auf die Gesammtheit der Gläubiger wird von den Gesetzen mit dem Ausdruck cessio bezeichnet. Derselbe erfolgt aber eigentlich kraft eines aus der cessio, der datio in solutum und dem mandatum in rem suam gemischten Rechtsgeschäfts *r*), da auf die Vermögensabtretung nicht alle rechtliche Eigenschaften der Cession passen. Der Schuldner kommt durch die Abtretung seines Vermögens weder activ noch passiv schlechthin aus allem Nexus, sondern wenn er in der Folge wieder zu bessern Umständen gelangt, wird er wenigstens "in id, quod facere potest" condemnirt; so wie ihm auf der andern Seite auch der Ueberschuß des abgetretenen Vermögens bleibt, der sich nach Befriedigung aller Gläubiger ergibt.

4) Die Gläubiger repräsentiren zwar in Rücksicht der Vermögensmasse und dinglicher Lasten derselben die Per-

---

p) Mühlenbruch die Lehre von der Cession der Forderungsrechte (II. Aufl.) §. 19. S. 238.

q) v. Gönner Handb. IV. 82. §. 32.

r) Archiv f. civ. Praxis II. S. 348.

Person des Gemeinschuldners activ und passiv; sie succediren aber nicht in universum jus desselben *s*), daher sie auch nicht verpflichtet sind, in dessen persönliche Verbindlichkeiten einzutreten, also z. B. Societäts-, Pacht- ꝛc. Verträge fortzusetzen, vorbehältlich der Befugniß der Berechtigten das Interesse aus der Masse als Liquidanten zu fordern *t*).

5) Für die Gläubiger entsteht ein neues Rechtsverhältniß, indem sie in Beziehung auf die rechtliche Verfolgung ihrer Ansprüche, mit Aufgebung des bisherigen isolirten Zustandes, unter sich in eine Gemeinschaft treten, vermöge deren sie zu ihrer Befriedigung gleichen Schrittes gehen und gleiche Rechte genießen. Daher kann kein Gläubiger vor dem andern seine Befriedigung verlangen, wenigstens nicht ohne Maßregeln, welche die Rechte der übrigen vollständig sicher stellen. Partikularzahlungen vor der allgemeinen Vertheilung der Masse können demnach nur ausnahmsweise und gegen genügende Sicherheit wegen etwaiger Rückerstattung, so wie gegen Vergütung der Zinsen Statt finden, die etwa wegen gestündeten Zinsenlaufs von der solchergestalt gezahlten Summe der Masse zu gute kommen. Diese Gemeinschaft hindert indessen nicht die Geltendmachung des jedem Theilnehmer zustehenden besondern Rechts, namentlich wegen des Ranges in der vorzugsrechtlichen Ordnung; dieser verfolgt vielmehr als Einzelner sein eigenes Interesse, a) gegen den Gemeinschuldner, vielmehr den Massecurator und per consequentiam gegen das Corps der Gläubiger, b) gegen einzelne, mit ihm collidirende Forderungsrechte, besonders rücksicht-

---

s) Kind quaest. for. Bd. IV. c. 18. (ed. IIdae.)

t) Kind l. c. p. 109. Pratobevera Materialien Bd. VIII. S. 456.

Preuß. allg. G. O. I. Tit. 50. §. 61. fg.

lich des Rangs *u*). Ueberhaupt können im Concurse fünf verschiedene Parteiverhältnisse eintreten:

a) zwischen den einzelnen Gläubigern und dem Contradictor über die Richtigkeit der Forderungen (das Liquidationsverfahren);

b) zwischen den einzelnen Gläubigern unter sich über das Vorzugsrecht ihrer Forderungen (das Prioritätsverfahren);

c) zwischen der Gesammtheit der Gläubiger und einzelnen Gläubigern über das von letztern verlangte Separations- und Compensationsrecht;

d) zwischen der Gesammtheit der Gläubiger und dem Gemeinschuldner über die von diesem verlangten Rechtswohlthaten;

e) zwischen der Gesammtheit der Gläubiger und einem Dritten, der als Vindicant auftritt, oder wegen unerlaubter Veräusserungen aus der Concursmasse oder auch als Schuldner der Masse belangt wird.

Zum eigentlichen Concursverfahren gehören jedoch bloß die in der ersten und zweiten Parteirolle (a. und b.) erfolgenden Verhandlungen *v*).

6) Jede zum Besten einer oder der andern Forderung eingeführte besondere Verfahrungsart, jede ausserordentliche Rechtshülfe ist unanwendbar und wird sistirt, wenn sie auch schon begonnen. Selbst die Execution durch Wechselarrest fällt hinweg, wenigstens sofern als

---

u) Auch wohl was die Liquidität betrifft, — obgleich dieser Punkt principaliter im Amte des Contradictors liegt.

v) Kori Conc. Prozeß §. 101.

dadurch eine Partialzahlung zum Nachtheil der Allgemeinheit des Concurses bezweckt werden wollte *w*).

7) Da nach eröffnetem Concurs ausser dem Concurse keine Execution also auch keine Rechtsverfolgung mit Wirkung mehr anwendbar ist, vielmehr eine continentia causarum ex connexitate rücksichtlich aller Forderungen an den Schuldner in dem Gerichtsstande des Concurses eintritt, so liegt hierin ein Grund der s. g. anziehenden Kraft des Concurses, die sich jedoch in Ansehung der anderwärts anhängigen, auch das Vermögen des Schuldners betreffenden, Klagen nicht in der Art äusſert, daß eine Avocation zum Besten des Concursgerichts Statt fände, wohl aber in soweit, als es sich von Verfügung über anderwärts gelegene Theile des Vermögens handelt *x*).

4 *

w) Eichhorn deutsches P. R. §. 148. vergl. dagegen Mittermaier d. P. R. §. 253. Püttmanns Grunds. des W. R. §. 192. (v. Trützschler) von der Präclusion der Gläubiger §. 43.

x) Martin §. 313. Pufendorf. Obs. I. 217.

Im ausgedehntern Sinne nimmt die preuß. Conc. Ordn. (allg. G. O. I. 50. §. 27.) die anziehende Kraft an, indem sie bestimmt, daß alle Specialprozesse, welche zur Zeit des eröffneten Concurses gegen den Gemeinschuldner, es sey bei diesem oder einem andern Gericht schweben, sofort sistirt, und die fernere Fortsetzung derselben zum Concurse verwiesen werden solle. Hievon sind allein diejenigen Prozesse auszunehmen, welchen ein forum speciale causae angewiesen ist. Diese müssen bei dem für sie bestimmten speziellen Gerichte ferner betrieben werden; doch muß derjenige, welcher aus einem solchen speziellen Prozesse von dem Gemeinschuldner etwas fordert, sich bei dem Concurse melden, und seine Forderung zu dem Ende anzeigen, daß in dem Classifications-

8) Nach eröffnetem Concurse können die Gläubiger nun auch ihr Recht nicht mehr nach Belieben früher oder später, wenn nur während der sonstigen Dauer der Klagen geltend machen, sondern sie müssen dieses in der von dem Richter bestimmten Frist thun. Der Prozeß ist ein provocatorischer. Doch hat die Verabsäumung dieser Frist nicht den Verlust der Forderung, sondern nur den Ausschluß von der gegenwärtigen Vermögensmasse zur Folge, soweit diese etwa auf die Befriedigung der übrigen Gläubiger aufgeht, von deren Gemeinschaft bloß die Ausgebliebenen sich durch ihr Nichterscheinen losgesagt haben.

9) Auch noch nicht fällige Forderungen machen jetzt einen Gegenstand der rechtlichen Verfolgung aus, unbeschadet jedoch des Vortheils der spätern Leistung, der statt des Schuldners nunmehr der Masse zu gute geht. Die exceptio pluris petitionis tempore fällt also weg.

---

urtheil der Ort bestimmt werde, an welchem die Forderung in soweit, als sie in foro speciali ausgemittelt werden wird, ihre Befriedigung aus der Masse zu erhalten habe.

Der Entwurf einer Civilprozeßordnung für Bayern (1825) bestimmt §. 895. folgendes: Die bei einem andern Gerichte anhängigen Forderungen und Ansprüche müssen am ersten Edictstage nach Gegenstand, Betrag und Forderungsgrund wenigstens angezeigt, auch wo möglich die dazu gehörigen Urkunden in Urschrift vorgelegt werden. Bei dem Concursgerichte wird aber nicht über die Richtigkeit solcher Forderungen, sondern nur über ihr Vorzugsrecht verhandelt und entschieden. Die Verhandlung und Entscheidung über die Liquidität bleibt dem zuständigen Gericht überlassen, wo statt des Gemeinschuldners der Contradictor aufzutreten hat, mit welchem gemeinschaftlich zu handeln jedem Gläubiger überlassen bleibt.

10) Wenn gleich alle Gläubiger, überhaupt alle Berechtigte ihre Forderungen vor dem Concursgerichte, welches der allgemeine (gemeine oder befreite) Gerichtsstand des Schuldners ist *y*), geltend machen müssen, sey es auch nur behufs der Execution; so hindern diese und die übrigen Wirkungen der Allgemeinheit doch nicht die Formirung eines, rücksichtlich des Gegenstandes der Befriedigung besondern Concurses (Partikular-Concurs) neben dem allgemeinen, da nämlich, wo eine Concurrenz von Berechtigten bei Gütern des Gemeinschuldners eintritt, die als besonderes Vermögen rechtlich betrachtet werden. Doch setzt ein Partikular-Concurs in alle Wege eine Ueberschuldung im allgemeinen, mithin einen Universal-Concurs voraus, und es tritt im Falle der Unzulänglichkeit der Partikularmasse zur Befriedigung der dazu Berechtigten (Separatisten ex jure crediti — Quasiseparatisten im Gegensatze von Vindicanten) ein dem Universalconcurs-Prozeß analoges Verfahren ein. Auch fällt der Ueberschuß der Partikularmasse der allgemeinen Vermögensmasse zu, sowie diese wiederum Gegenstand der Concurrenz der Separatisten wird, sofern dieselben als Gläubiger des Gemeinschuldners anzusehen sind.

11) Um den gemeinsamen Willen der Gläubiger als Personen-Gesammtheit geltend zu machen, bedarf es der Aufstellung gewisser Individuen, welche sowohl was die Herstellung, Verwaltung und Verwendung der Vermögensmasse, also die öconomischen Gegenstände, betrifft, als in Beziehung auf die rechtlichen Angelegenheiten, besonders rücksichtlich der Vertheidigung gegen Ansprüche an die Masse, das Interesse der Gesammtheit wahren. In ersterer Rücksicht handelt unter Leitung des Gerichts der Mas-

---

y) Thibaut P. R. §. 1225.

securator, in letzterer der Litiscurator oder Contradictor. Sofern als die Creditorschaft dem Schuldner für die richtige Verwendung des abgetretenen Vermögens haftet, besorgt ihr Vertreter oder der Contradictor zugleich auch das Beste des Gemeinschuldners Namens der Gläubiger. Das Bestreben des Massecurators ist Vermehrung der Activmasse, des Litiscurators Verminderung der Passivmasse. Zu der Function des erstern bedarf es nur wirthschaftlicher Kenntnisse, zu der des letztern dagegen sind Rechtskenntnisse erforderlich z).

§. 23.

3. Ausgezeichnetes Verfahren.

Rücksichtlich des Verfahrens erscheint der Concursprozeß

1) als ein summarischer, aber in einem eigenthümlichen Verstand, indem er nicht bloß von dem ordentlichen Verfahren, sondern auch von den übrigen summarischen Prozeßarten abweicht. Dieß äussert sich besonders in der erweiterten richterlichen Thätigkeit, wodurch der Prozeß mehr dem Untersuchungs- als dem Verhandlungs-Prinzip folgt a).

2) Weitere Anomalien gegen das sonstige Prozeßrecht sind: daß auf Seiten der Liquidanten als Kläger eine sonst unzulässige subjective Klagenhäufung Statt

---

z) Daß es Concurse gibt, wo man ohne Contradictor auskommen kann, ändert nichts an der Regel.

a) A. M. ist Welsch in dem Handbuch des bayer. Univ. Concursprozesses §. 3. u. 6. Er behauptet, daß im Concursprozesse das Verhandlungs-Prinzip in noch weit höherem Grade als Norm angenommen und dem richterlichen Amte nur sehr wenig eingeräumt sey. Dieß läßt sich aber nicht einmal von dem bayer. C. P. behaupten.

findet, und daß gewissermassen der Prozeß, wie man zu sagen pflegt, mit der Execution anfängt, was freilich nur insofern einen vernünftigen Sinn hat, als man den Umstand, daß die Disposition über das Vermögen des Gemeinschuldners auf die Gläubiger übergeht, schon für eine Hülfsvollstreckung, und nicht vielmehr bloß für eine provisorische Maßregel ansehen will.

3) In dem Concursverfahren muß alles, was das streitige Rechtsverhältniß zwischen den Gläubigern und dem Schuldner betrifft, aufs Reine gebracht und kein noch so illiquider Anspruch, keine noch so weitaussehende Einrede kann zur besondern Verhandlung verwiesen werden. Dieß hindert indessen nicht, in einem Verfahren durch eine zweckmäßige Absonderung des Liquiden vom Illiquiden Verzögerungen vorzubeugen. Endlich liegt

4) noch eine Auszeichnung in der Verbindung des eigentlich prozessualischen Theils des Verfahrens mit Gegenständen der Verwaltung der Vermögensmasse, also daß der Concursprozeß aus Handlungen der s. g. streitigen und nicht streitigen Gerichtsbarkeit besteht.

§. 24.

4. Eigenthümlichkeiten rücksichtlich des Befriedigungs-Gegenstandes.

Die zur Befriedigung der Gläubiger bestimmte Masse besteht aus dem ganzen jetzigen und vor der Beendigung des Concursprozesses durch Vertheilung der Masse etwa noch zuwachsenden *b*) (s. folg. §.) Vermögen des Schuldners, nach Absonderung dessen, was nicht dazu gehört, worüber also der Schuldner bisher schon die freie Verfü-

---

b) Schweppe Syst. d. Conc. Proz. §. 35.

gung nicht gehabt hat. Zu den ausgenommenen Stücken gehört daher vor allen das in dem Vermögen befindliche Eigenthum eines Dritten, und es sind desfalls die Vindicanten (Separatisten jure dominii) von der Einlassung in den Concurs befreit.

Der Schuldner darf übrigens nur nicht das Erworbene veräussern; nicht zu erwerben verbietet ihm kein Gesetz. Daher ist ihm auch nicht gewehrt, eine angefallene Erbschaft auszuschlagen, so sehr seine Gläubiger dabei benachtheiligt seyn mögen *c*).

Alle Vermögensstücke, ohne Unterschied wo sie sich befinden, gehören zur Concursmasse, und die besondern Ansprüche einiger Gläubiger daran, wenn sie auch anderwärts rechtshängig sind, können nur dann an der Gesammtmasse, wozu auch jene Parzellen gehören, geltend gemacht werden, wenn sie im Concursforum wenigstens zur Location gehörig angezeigt worden sind. (Vergl. §. 22. n. 7.).

Auch das Retentionsrecht einzelner Gläubiger hört auf, vielmehr müssen namentlich die Pfandgläubiger ihre Pfänder, jedoch mit Vorbehalt der pfandrechtlichen Location, zur Masse abliefern.

§. 25.
Zweifel gegen den Satz: daß das während des Concurses zuwachsende Vermögen zur Masse gehöre, und deren Widerlegung.

Der im Eingange des vorigen §. aufgestellte Satz: daß die Activmasse aus dem ganzen jetzigen und vor der

---

c) Qui occasione adquirendi non utitur, non intelligitur alienare: veluti qui hereditatem omittit, aut optionem intra certum tempus datam non amplectitur. L. 28. pr. D. de V. S. L. 6. pr. et §. 2. quae in fraud. cred.

Beendigung des Concursprozesses durch Vertheilung der Masse etwa noch zuwachsenden Vermögen des Schuldners bestehe, ist nicht unwidersprochen. Es gibt Rechtslehrer, welche behaupten: nur das zur Zeit der Cession vorhandene, oder zwar erst nach derselben anfallende, jedoch seinen Erwerbsgrund schon vor diesem Zeitpunkt herleitende Vermögen gehöre zur Masse, woran die gegenwärtigen Gläubiger dermal ein Recht hätten. Dagegen sey das nach der Cession neuerworbene Vermögen davon abzusondern und nach den Grundsätzen zu beurtheilen, als wenn der Gemeinschuldner ad meliorem fortunam gekommen wäre *d*). Andere *e*) unterscheiden zwischen dem Falle, wo bloß der Schuldner, und dem, wo ein präcludirter Gläubiger betheiligt ist; dort finde das Zuwachsungsrecht Statt, hier nicht.

Die Sache ist allerdings von Wichtigkeit; denn wenn der neue Anfall nach den Grundsätzen von der Wiedergelangung des Gemeinschuldners zu bessern Vermögensumständen zu behandeln ist, so steht diesem hieran die Wohlthat der Competenz zu. Ferner könnte an ein solches neues Vermögensstück der präcludirte und nur von der Concursmasse ausgeschlossene Gläubiger sein Recht geltend machen. Da wo etwa die Frage durch Partikulargesetze entschieden ist, hat es wie immer dabei sein Bewenden; wir bleiben hier nur dabei stehen, was gemeinrechtlich ist und hiernach scheint die Behauptung für das Zuwachsungsrecht des neuen Erwerbs zur Masse, so lange diese nicht vertheilt, also der Concurs nicht beendigt ist, überwiegende Gründe für sich zu haben.

---

d) Gensler im Archiv f. c. Pr. II. S. 356. u. Dabelow vom Conc. der Gl. S. 357. ff.

e) v. Gönner im Handb. IV. N. 82. §. 10.

Die gegentheilige Ansicht widerspricht schon dem Prinzip der Allgemeinheit, ja dem ganzen Wesen unsers Concursprozesses. Das abgetretene Vermögen geht nicht schlechthin kraft der freien Thätigkeit des Schuldners und daher unter Bedingungen, die von seiner Willkühr abhängen, auf die Gläubiger über; auch geht es nicht als ein bestimmtes, abgeschlossenes Ganzes sofort und unmittelbar in deren Eigenthum über, gleichsam als wenn sich der Schuldner mit seinen Gläubigern wenigstens bis auf weiters damit abgefunden hätte. Das Recht der Gläubiger an dem Inbegriffe des schuldnerischen Vermögens gründet sich auf das durch die Concurseröffnung hervorgebrachte Rechtsverhältniß (Seite 17.) und auf das dadurch bewirkte allgemeine Pfandrecht in das gesammte, folglich jetzige und künftige (während der Dauer dieses Pfandrechts anfallende) Vermögen. Dieses Recht der Gläubiger ist wirksam so lange, als der Zweck selbst, wozu es constituirt ist, es erfordert, d. h. bis zur Beendigung des Concurses durch Vertheilung der Masse.

Die entgegengesetzte Meinung geht von der Vorstellung aus, daß der Concurs und alle Befugnisse der Gläubiger in demselben lediglich auf die Cession sich gründeten, womit sich denn freilich jene Ansicht vertheidigen ließe. Allein diese Vorstellung ist unrichtig. Nicht die Cession des Schuldners, oder gar nur die auf ausdrückliche Erklärung desselben sich gründende, sondern lediglich die Concurs-Eröffnung durch den Richter, wobei die Cession des Schuldners nur als eine der Veranlassungsarten erscheint (§. 6.), ist der Grund des Concurses und der Rechte der sämmtlichen Gläubiger, theils in Beziehung auf die Art und Weise ihrer Befriedigung, theils auf den Gegenstand derselben. Es müßte also das Concurs-Eröffnungsdecret die fragliche Beschränkung auf das dermalige Vermögen, — als Ausnahme

von der Regel: daß das Vermögen des Gemeinschuldners überhaupt und ohne Unterschied unter die Gläubiger zu ihrer Befriedigung zu vertheilen, — ausdrücklich aussprechen. Dieß geschieht aber niemals und könnte auch, als den regelmäßigen Wirkungen des Concurses zuwider, nicht geschehen. Auch lehrt die tägliche Praxis, daß jedes Vermögensstück, was sich bis zur Distribution der Masse hervorthut, sofort in Beschlag genommen wird, als wofür zu sorgen besonders der Massecurator sich angelegen seyn läßt.

Das römische Recht setzt auch ganz bestimmt die venditio bonorum, an deren Statt bei uns die Distribution der Masse tritt, als den Grenzpunkt fest, nicht den Akt der Cession. Qui bonis suis cessit, sagt **Ulpian** in l. 6. de cess. bon., si modicum aliquid **post bona sua vendita** adquisivit, iterum bona ejus non veneunt.

§. 26.

Vorzüge des Prinzips der Allgemeinheit überhaupt, und des darauf gebauten Verfahrens insonderheit.

Betrachten wir das Prinzip der Allgemeinheit und seine Wirkungen von der praktischen Seite, so zeigt sich dasselbe unläugbar als Forderung einer vernünftigen Staatsfürsorge, welche, ohne sich gerade einer Vormundschaft über Personen, die keines Vormunds bedürfen, anzumassen, das Beste aller Rechtsschutz-Bedürftigen mit gleicher Sorgfalt umfaßt, dadurch, daß sie verhindert, daß das, was durch die Vermögensabtretung **für Alle** gegeben ist, nicht bloß Einigen zu Theil werde. Kraft dieser Fürsorge verhütet also der Staat, daß die Forderungsrechte seiner Bürger, sobald deren gemeinschaftlicher Schuldner einmal nicht hinlängliches Vermögen hat, um sie alle zufrieden zu stellen, nicht dem Zufalle der geschicktern Benutzung der Umstände Preis gegeben sind,

und unter dem Schutze eines auf das beliebte vigilantibus jura scripta gebauten Occupationssystems Einige ihre volle Befriedigung erhalten, während andere, obschon Gleichberechtigte, weil sie sich "pro suis debitis minus alacriores" bewiesen, leer ausgehen, die vielleicht oft weniger die Schuld einer Nachlässigkeit, als ihrer mindern Zudringlichkeit und ihrer Schonung gegen den bedrängten Schuldner büßen.

Aber diese fürsorglichen Maßregeln setzen voraus, daß wirklich ein solches Gemeingut auf rechtliche Weise entstanden, woran nun alle Berechtigte verhältnißmäßig gleichen Antheil haben, und da dieses nur eine Wirkung der Concurseröffnung ist, daß diese gehörig begründet sey, nämlich durch freiwillige Vermögensabtretung, und was derselben gleich zu achten (§. 6.) oder durch zwangsweise kraft richterlichen Ausspruchs auf Antrag der Gläubiger. Denn ausserdem gibt es kein Drittes, folglich auch kein "Concursverfahren, welches nur durch einen "Akt der richterlichen Reflexion sein Daseyn erhält, und "dessen Existenz vom Vorbringen der Parteien unabhän-"gig ist" *f*). Dieß sind unläugbare Vorzüge unseres Concursprozesses vor dem römischen und altdeutschen Verfahren gegen Verschuldete.

II. Sonstige Eigenheiten des heutigen Verfahrens in Schuldensachen.

§. 27.

Zweckmäßigere Milde gegen die Schuldner.

Aber nicht bloß die Gläubiger, auch die Schuldner nehmen an den Wohlthaten einer gerechten und milden Gesetzgebung Theil. Wir wissen nichts mehr von zweck-

f) von Gönners Handbuch IV. §. 8.

losen Peinigungen unglücklicher Schuldner durch Angreifung ihrer Person, nichts von der bei unsern Vorfahren bekannten Uebergebung derselben zur persönlichen Dienstbarkeit an den Gläubiger, und selbst mit dem, in späterer Zeit an die Stelle der Uebergabe zu Hand und Halfter getretenen, hie und da noch in den Gesetzen einzelner Länder erscheinenden Schuldthurm wird es so ernstlich nicht mehr genommen. Denn der Personalarrest wird nicht von Amtswegen verfügt, sondern nur auf Anrufen der Gläubiger, und deren Zorn hat sich in der Zwischenzeit, wo sie die übrigen Stadien der Execution durchwandelten, meist schon so abgekühlt, daß sie lieber von der Sache gar nichts mehr wissen wollen. Daher sind uns jene, im Grunde doch mehr oder weniger nur die Rachsucht befriedigenden strengen Maßregeln, die den Schaden selbst von dem Gläubiger entweder gar nicht oder doch nur unter zufällig eintretenden Umständen abwenden, beinahe so fremd geworden, als die Sectio debitoris in partes in ihrer crassen Anwendung. Man greift bloß das Vermögen des Schuldners an und überzeugt sich, daß es thöricht wäre, wenn sich der Gläubiger der Nothwendigkeit aussetzte, den der ihn nicht bezahlen kann, noch im Gefängniß ernähren zu müssen. Selbst da, wo wenigstens nach dem Buchstaben des Gesetzes die cessio bonorum nicht vom Schuldthurm befreit, hält man es doch wohl für grausam, den Schuldner, welcher eben durch die Abtretung seines Vermögens mit Zulassung der Gesetze zu erkennen gegeben hat, daß er keine Mittel zur Befriedigung seiner Gläubiger weiter schaffen könne, und welcher sonst ihres Mitleids würdig ist, durch die Qual der Gefangenhaltung etwa dahin zu bringen, daß sich allenfalls ein Dritter seiner erbarme und Mittel seiner Erlösung schaffe, gleichsam nach Art der öffentlichen Ausstellung des Schuldners in seinem

kläglichen Zustande, die dem Verkauf oder der Sectio debitoris bei den Römern vorauszugehen pflegte g).

Wegen dieser mildern Behandlung der Verschuldeten hat auch die cessio bonorum mehr oder weniger die Gestalt einer Wohlthat für den Schuldner verloren. Mit dem Grunde derselben, Abwendung der Gefahr der Haftung mit der Person, ist die Lehre von der Vermögensabtretung als eine Rechtswohlthat beinahe so unpraktisch geworden, als die zweite Wirkung dieser Wohlthat: Erhaltung einer Competenz für den Fall des Wiedergelangens zu bessern Vermögensumständen. Denn was das Letztere betrifft, so lehrt eine lange Erfahrung, daß die Fälle des Wiederemporkommens eines in Abwesen gerathenen Schuldners nur zu den seltenen Ausnahmen gehören, so daß die Redensart: das bessere Glück des Schuldners abwarten, fast gleichbedeutend ist mit der: seine Forderung fahren lassen. Denn die Gläubiger sehen wohl ein, daß es sich um das prekäre "quod facere potest" bei ihrem Schuldner selten die Mühe verlohnt, darum nur einen Gang vor Gericht zu thun, wie es auch in der That ist, sofern es sich von neuem Erwerb, nicht von demjenigen handelt, was der Schuldner etwa aus dem Schiffbruche seiner ersten Insolvenz gerettet hat; wozu denn noch die verdrießlichen und schwierigen Beweise und der willkührliche Maßstab bei der Feststellung dessen kommt, was der Schuldner zu seinem Unterhalte bedarf. — So ist es denn bei uns zu einer eigenen Art von beneficium cessionis bonorum — ex moribus,

g) Ein böser Schuldenmacher mag gestraft werden; dieß fordert die Gerechtigkeit und ordnen die Strafgesetze. Aber diese Strafe ist kein Executionsmittel, wodurch dem Gläubiger zu seiner Befriedigung verholfen wird, und soll es nicht seyn.

nämlich dahin gekommen, daß die Güterabtretung vielmehr eine Wohlthat für die Gläubiger geworden, insofern nämlich, daß sie es für ein Glück anzusehen haben, wenn der Schuldner, sobald seine Passiva die Activa übersteigen, ohne weitere Umtriebe durch Indultgesuche und ähnliche Palliativmittel, seine Umstände sogleich ehrlich offenbart und mit der Anzeige seiner Insolvenz gewissenhaft hergibt, was er hat. Daher gehört auch die Materie von dem flebile beneficium zu denjenigen, die mehr in Lehrbüchern als im wirklichen Leben vorkommen, wo der Gang von der Execution bis zur Concurseröffnung gewöhnlich ein anderer ist.

III. Die heutige Praxis des beneficii cessionis bonorum.

§. 28.

Es ist eine Wohlthat für die Gläubiger.

So parador dieser Satz in juristischer Rücksicht erscheint, so wahr ist er im Leben. — Wenn bei dem Schuldner es so weit gekommen ist, daß Vermögen und Schulden sich die Wage halten, wo er also eigentlich nichts mehr zu seiner Verfügung übrig hat, so sollte er, wenn er ehrlich dächte, jetzt sein Vermögen seinen Gläubigern abtreten. Denn wenn es gleich möglich ist, daß seine Umstände sich verbessern, so ist es doch eben so möglich, ja bei einem so herabgekommenen Schuldner sogar wahrscheinlich, daß sie sich vielmehr verschlimmern. Man nimmt es aber so strenge nicht, und es gilt daher in der Praxis noch für einen sehr leidentlichen Concurs, wenn man nur in der letzten Classe die Einbuße nach mäßigen Prozenten rechnen kann. Bis sich der Schuldner entschließt, sein Vermögen seinen Gläubigern abzutreten, muß es gewöhnlich viel schlimmer mit ihm wer-

den *h*). Nach der Erfahrung, die man besonders in unsern Tagen als Richter täglich zu machen Gelegenheit hat, versucht der Schuldner vielmehr alle Mittel, seine zerrütteten Umstände vor den Gläubigern und den Gerichten zu verbergen. Selbst Schuldklagen werden zuerst durch Versprechungen der Zahlung nach einigem Zeitverlauf in ihrer vollen Wirkung abgewendet. Die verlängerte Zahlungsfrist tritt ein, der Schuldner hält nicht Wort, und der Gläubiger muß nun aufs neue den Richter angehen. Nun ist man strenger, die Execution wird verfügt, und es wird entweder aus den abgepfändeten Vermögensstücken oder durch den Schuldner selbst mittelst anderweiten Credits, vielleicht auf jüdische Bedingungen, Rath geschafft. Vielleicht stellt man auch den Gläubiger dadurch zufrieden, daß man ihn in das Hypothekenbuch eintragen läßt, oder eine s. g. Nachhypothek gibt, weil ein solcher Schuldner, wenn er Immobilien besitzt, gewöhnlich lange vorher schon soviel als möglich Hypothekschulden gemacht hat. Dadurch erhält der Gläubiger nun freilich nach Lage der Umstände eine sehr prekäre Sicherheit; indessen ist sie vielleicht doch ein besseres Auskunftsmittel, als die Fortsetzung der Execution, wenigstens augenblicklich und für diesen Gläubiger. Aber das mit Hypothekschulden bereits sehr beschwerte unbewegliche Gut wird dadurch noch mehr belastet. Indessen ist wieder etwa auf ein Jahr Luft gemacht, wenn gerade zufällig kein neuer Gläubiger auftritt. Allein die Umstände des Schuldners werden nicht besser; die Zinsen, selbst von den ältern Hypothekcapitalien bleiben unberichtigt; vielleicht tritt eine Mißernte ein, oder ein anderes Unglück. Die schlechten Umstände des

---

h) Vergl. v. Weber über das bayerische Credit- u. Schuldenwesen ꝛc. (Sulzbach 1819. 8.) S. 189.

des Schuldners werden ruchtbar; einige der vorzüglichsten Hypothekengläubiger kündigen ihre Kapitalien auf. Der Schuldner sucht nun zwar anderwärts das benöthigte Geld auf Hypothek aufzunehmen; allein der Güterwerth ist gesunken, und vornämlich die Besitzung des Schuldners herabgekommen, besonders durch Vernachlässigung im Bau- und Culturstand, durch nachlässige Bestellung der Felder, (der Schuldner ist muthlos geworden, er sieht sein Verderben vor Augen,) durch schlechte Düngung, verminderten Viehstand, theilweise Verpachtungen, um aus dem vielleicht auf mehrere Jahre anticipirten Pachtschilling augenblickliche Bedürfnisse zu befriedigen; die bei dem Gute befindliche Waldung wird durch ungemessene Holzschläge verwüstet, selbst das Gutsinventarium auf das allernothwendigste beschränkt, schlecht unterhalten, oder es ist wohl gar das Gut davon schon ganz entblöst u. s. w.

Nun sollte man meinen, jetzt würde es zum Bruche kommen; allein wir sind noch nicht am Ende, besonders darum, weil die Gläubiger aus Vorurtheil und Unkunde nicht auf Concurseröffnung antragen, der Richter aber ihnen nicht vorgreifen kann. Es werden noch allerlei Mittel versucht, um wie man sagt, dem armen Unterthan wo möglich aufzuhelfen: Gutszertrümmerungen, Convocationen der Gläubiger zu Erzielung von Fristenvergleichen u. d. gl. Ist der Schuldner vollends ein schlimmer Geselle und die bestehende Executionsordnung mangelhaft, so kann er noch manche Mittel der Chikane versuchen, die executiven Einschreitungen und überhaupt was ihm nicht nach seinem Sinne ist, durch Appellationen und Rekurse aufhalten, bis er endlich genug hat. Endlich gibt er sich freilich für insolvent an, aber aus seiner nun mit mehr Offenheit, da diese ihm nichts mehr schadet, gemachten Anzeige seines Activ-

und Passivstandes, oder doch bei der Beschlagnehmung des Vermögens, bei der Taxation und Feilbietung der Immobilien zeigt sich nun eine Ueberschuldung, in Folge deren die Nichthypothekgläubiger oft gänzlich leer ausgehen, und selbst die letzten Hypothekgläubiger Einbuße erleiden.

Hätte unser Schuldner nur rechtzeitig zur Güterabtretung sich bequemt, die Gläubiger würden ihm diese Wohlthat gern gegönnt haben, statt daß er die Wohlthat, sein Vermögen nicht abzutreten und so längere Zeit auf Unkosten seiner Gläubiger zu leben, bequemer gefunden hat. Dieser Usus modernus vom Beneficium flebile der Cession, oder diejenige Art desselben, wo eigentlich nur die Gläubiger weinen, kommt freilich weniger in den akademischen Hörsälen als in den Gerichtsstuben zur Sprache.

§. 29.

Fortsetzung.

Dieß gehört nun allerdings nicht zu den Vorzügen unseres Concursprozesses, oder vielmehr des Executionsverfahrens, und so möchte beinahe die singuläre Vorschrift der bayerischen Prozeßordnung cap. 19. §. 3. zur Nachahmung empfohlen werden können, welche bestimmt, nicht wenn der Concurs eröffnet, sondern wenn er nicht eröffnet werden solle, nämlich

> wenn das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung sämmtlicher Gläubiger offenbar hinreiche, und gar keine Gefahr eines künftigen Verlusts durch längeres Warten anscheine.

Ich sage, diese Bestimmung möchte empfohlen werden können, insofern nämlich, als dadurch des Richters Befugniß erweitert wird, seine Fürsorge zum Besten der Gläubiger rechtzeitig geltend zu machen. Allein man hat

nicht nöthig, im Widerspruche mit dem System von der Freiheit der Rechtsverfolgung, dem Richter eine so exorbitante Gewalt einzuräumen und es gewissermassen seiner Discretion allein zu überlassen, einen Staatsbürger für überschuldet zu erklären, der es vielleicht nur dem äussern Scheine nach ist. Es bedarf auch ganz und gar nicht dieser bedenklichen Gewalt. Denn wenn den Gläubigern nur bereite Rechtshülfe widerfährt, und den Umtrieben böser Schuldenmacher mit dem geeigneten Nachdrucke begegnet wird, so kommt die Sache schon von selbst in das rechte Geleise; die Ueberschuldung tritt bald zur vollen Ueberzeugung hervor, und der s. g. materielle Concurs verwandelt sich ohne Gewaltstreich in den formellen.

IV. Mängel des Concursverfahrens und deren Ursachen.

§. 30.

Sie äussern sich vornämlich in verzögerter und vertheuerter Rechtshulfe.

Den heutigen Concursprozeß mit Verkennung seiner Unvollkommenheiten für ein unverbesserliches Werk zu halten, wäre wohl eine eben so überspannte Vorstellung, als wenn man ihn mit dem Trübsinne Leysers *i*) in der Classification der Uebel, welche das menschliche Geschlecht heimzusuchen pflegen, unmittelbar an Krieg und Pestilenz anreihen wollte. Zu läugnen ist nicht, daß dessen Organismus bei allen entschiedenen Vorzügen in der That einer Verbesserung bedarf, indem der Zweck der Befriedigung der Gläubiger, soweit dieselbe nach den Umständen möglich ist, Zeuge der Erfahrung häufig nicht

i) Spec. 480.

so erreicht wird, wie es den Forderungen einer vernunftgemäßen Rechtspflege entspricht. Nichts kann zur Ueberzeugung von der Wahrheit dieser Behauptung mehr einleuchten, als die Betrachtung: wenn es hart ist, daß der Gläubiger, während er ausser dem Concurse seine volle Befriedigung auf kurzem Wege und ohne alle Kosten erhalten kann, im Concurse oft nur einen Theil, auf langem Wege und gegen manchen Aufwand an Zeit und Kosten erhält, so ist es doppelt hart und schmerzlich, wenn in der Einrichtung des Prozesses selbst Umstände wirken, die dieses Mißverhältniß noch vermehren und wenn der Gläubiger für die unnützen und schädlichen Weiterungen, denen er ausgesetzt wird, noch bezahlen muß. Denn gerade die Ursachen des verzögerten Ausgangs des Concurses: diese Verschleppung der Verhandlung aus Ungeschicklichkeit und Trägheit der Gerichtspersonen, diese Machinationen der Massevertreter und Rechtsanwälte, diese unaufhörlichen Auftriefelungen neuer Zweifel und Irrungen und die unversiegbare Quelle kostspieliger Tagessatzungen, mündlicher Conferenzen oder schriftlicher Erklärungen, die man besonders bei der Behandlung der Activmasse findet, — — gerade diese sind es, wofür ein großer Theil der Urheber aus den Mitteln der Masse bezahlt wird, die zur Befriedigung der Gläubiger bestimmt ist. Daher die Ungereimtheit, die sich in folgender Apostrophe ausspricht: je mehr man sich mit euerer Angelegenheit beschäftigt, ihr Gläubiger, desto übler steht es mit derselben; je später ihr zu euerem Rechte gelangt, desto weniger bekommt ihr; und so müßt denn ihr von demjenigen, was ihr zu fordern habt und dessen Bezahlung euch aufgehalten wird, — Verzugszinsen zahlen; ihr, nicht ein Anderer Euch!

§. 31.

Die Ursachen; — sie liegen zum Theil in den Verwickelungen des zu behandelnden Stoffs.

Wenn es irgend mit einer Unvollkommenheit im Leben aussöhnen könnte, daß man die Ursachen derselben kennt, so ließe sich allerdings manches, zwar nicht zur Entschuldigung aber doch zur Erklärung des gerügten Uebelstandes anführen und für den Zweck dieser Schrift ist es sogar nothwendig. Es ist nicht zu verkennen, daß manche Verzögerungen im Concursverfahren eine nicht gut vermeidliche Folge der Verwickelungen sind, welche die mancherlei sich kreuzenden Interessen über den Concursprozeß mehr als über irgend einen andern Rechtsstreit, sey dieser noch so schwierig in der Instruction und Entscheidung, herbeiführen. Unser Concursprozeß verdient immer noch, wenn gleich hier mehr, dort weniger den Namen eines Labyrinths, womit ihn der älteste Schriftsteller über denselben naiv genug bezeichnet hat, ungeachtet der Bemühungen, welche unsere Gesetzgebungen und eine Menge von Doctoren von Salgado *k*) an, bis auf den heutigen Tag auf das Spinnen des leitenden Fadens verwendet haben. Ist der Concurs nur von einiger Bedeutung in Beziehung auf die Vermögensmasse und auf die Zahl und vorzugsrechtliche Verschiedenheit der Gläubiger, und haben ungünstige Umstände bei der Behandlung des Debitwesens vor dem förmlichen

---

k) Mit aller Achtung, die ihm als Vorfechter sonst mit Recht gebührt, hat dieser vielleicht am wenigsten dazu beigetragen, trotz des pomphaften Titels seines Buchs, als eines opus sane utilissimum, non minus pulchrum, quam subtile, a plurimis expetitum, et ab omnibus Europae provinciis unice desideratum, summo labore et industria concinnatum (das mag wahr seyn!) longa experientia digestum et accuratissime illustratum.

Ausbruche des Concurses eingewirkt, so berühren sich schon mit dem Beginnen des Verfahrens, und gleich nach eröffnetem Concurse die verschiedensten einander widersprechenden Interessen. Es berühren sich Interessen der Gläubiger gegenüber dem Schuldner, der Gläubiger gegen Gläubiger rücksichtlich der Liquidität und Priorität der Forderungen, ferner Interessen in Beziehung auf die Richtigstellung der Activmasse, deren Administration und Theilbarmachung, so wie in Beziehung auf etwaige Rescission fraudulenter Veräusserungen u. s. w. Bis es zur Entscheidung kommt, wer eigentlich, und in welcher Ordnung er Ansprüche an die Masse hat, und worin diese bestehen, haben sich oft so viele faktische und Rechtsfragen angehäuft, daß es, zumal wenn sie in großen Stößen von Akten zerstreut vorkommen und so erst mühsam zusammengetragen werden müssen, gerade nicht zu wundern ist, wenn demjenigen, der es in der Geduld und Beharrlichkeit eben nicht zur Virtuosität gebracht hat, bei der Bearbeitung der Sache Widerwillen anwandelt. Bisweilen sind vollends die Akten unordentlich geführt, man muß die Weitzenkörner aus dem Kehricht der Dicentereien widerlich weitschweifiger Advokatenschriften und s. g. schrift- statt mündlicher Rezesse mühsam zusammenklauben; dabei ist vielleicht der Richter mit andern Geschäften im Fache der Civil- und Criminalrechtspflege und der freiwilligen Gerichtsbarkeit überladen, oder er muß wohl gar mit ganz heterogenen Geschäften der Polizei und öffentlichen Verwaltung von Amtswegen sich befassen, also daß er nur mit mancherlei Unterbrechungen einer Arbeit sich widmen kann, wie sie die Instruction und Entscheidung eines Concurses fordert: — was läßt sich hier von dem Schicksale dieses Prozesses anders als nur nachtheiliges erwarten?

§. 32.

— auch in der Verbindung von Gegenständen des streitigen und nichtstreitigen Verfahrens.

Ein hauptsächliches Hinderniß der schnellern Beendigung der Concursprozesse, wenigstens so weit sie von den Gerichten abhängt, und eine unverkennbare Ursache vieler Verzögerungen liegt aber unstreitig in der Eigenheit, wornach unser Concurs ein Gemische von streitigem und nichtstreitigem Rechtsverfahren ist. Bei andern Rechtsstreitigkeiten untersucht und entscheidet der Richter bloß wer Recht hat, und verfügt auf Anrufen die Execution, ohne sich weiter darum zu bekümmern, ob ein Gegenstand der Hülfsvollstreckung vorhanden ist oder nicht, viel weniger daß ihm schon während der Verhandlung über das Recht eine Sorge für die Mittel seiner Realisirung obläge. Ganz anders ist dieß im Concursprozesse. Hier hat der Richter auch für die Mittel der Befriedigung zu sorgen, und er ist das deßfalls Erforderliche schon beim Beginnen des Prozesses vorzubereiten verpflichtet. Er ist nicht bloß richtende, er ist auch vollziehende Behörde und zwar dieses im weitesten Sinne des Worts. Hätten die Gerichte nur zu bestimmen, erstlich: ob der Schuldner im Falle des Widerspuchs gegen das Andringen seiner Gläubiger auf Concurseröffnung sein Vermögen abzutreten schuldig, und dann: wie die Schuldenmasse richtig zu stellen, also welche Gläubiger zu befriedigen und welche Ordnung unter mehrern vorzugsrechtlich verschiedenen Gläubigern zu beobachten, mit andern Worten: ob ein Vermögensinbegriff Gegenstand der Vertheilung unter mehrere Gläubiger sey, und wie die Vertheilung vorzunehmen, — hätten sie bloß dieß und nichts weiter sonst: so würde das Geschäft der Instruction eines Concursprozesses vielleicht kaum die Hälfte der Zeit und Arbeit fordern, die der-

selbe jetzt in Anspruch nimmt. Es würden manche Verwickelungen wegfallen, welche jetzt entstehen, wo die Gerichte nicht bloß das streitige Verhältniß zwischen den Gläubigern und dem Schuldner bestimmen, sondern auch in Beziehung auf den Gegenstand der Befriedigung die Fürsorge übernehmen müssen, die unter andern Umständen niemand als dem Schuldner obliegen würde. Zwar besorgt das Interesse der Gesammtheit der Gläubiger zunächst der Curator. Aber so wie alles, was die Activmasse betrifft, wenn es von einiger Bedeutung ist, ohnehin vor Gericht verhandelt werden muß *l*), so steht auch der Curator unter des Gerichts Leitung und Aufsicht, und dieses hat große Verantwortlichkeit bei der Ausmittelung, Verwaltung und Verwendung der Vermögensmasse. Dieß ist besonders bei denjenigen Gerichten (d. h. bei den allermeisten, welches eben die Untergerichte des platten Landes sind) der Fall, wo Gläubiger und Curatoren gewöhnlich rechts- und geschäftsunerfahrne Leute sind. Diese unterlassen es nicht, bei jedem, oft sogar sehr unbedeutenden Vorfall in der Verwaltung der Masse und bei Besorgung der Wirthschaft das Gericht zu behelligen, und das ist auch nothwendig; denn wo sie auf ihre eigene Faust etwas unternehmen, geschieht es nicht selten, daß sie verkehrtes beginnen. Aber man war vornämlich in Deutschland von jeher gar sehr geneigt, wenigstens die äussern Gerichtsämter für die Vollziehungsorgane der höchsten Gewalt in allen Zweigen des öffentlichen Wohls zu nehmen. Und hier, wo das Interesse einer Körperschaft, die man vielleicht für eine Art von Gemeinheit ansah, nämlich das Corps der Gläubiger betheiligt war, schien wohl sogar rechtlicher Anlaß zur Bethätigung einer vormundschaftlichen Fürsorge ge-

---

l) Mittermaier in der Prozeßvergleichung 3. Beitr. S. 177.

geben zu seyn. Hierzu kam das besondere Vertrauen auf die Legalität der Gerichte, und über diesen Erwägungen vergaß man denn leicht, wie es noch bis auf den heutigen Tag so oft geschieht, Zweck und Mittel gegen einander abzuwägen und nach der Möglichkeit zu fragen, ob auch die Gerichte allen diesen Anforderungen zu genügen vermöchten. Die Organisation unsers Concursprozesses fällt aber größtentheils in die Periode unseres patriarchalischen Richterthums und Aemterwesens, das sich eben besonders dadurch auszeichnete, daß die vorzugsweise sogenannten Beamten, welche zugleich die Untergerichte waren, alle obrigkeitliche Gewalt in ihren letzten Enden auffaßten. Daher die ehehin so gewöhnlichen Ausdrücke "Obrigkeit, obrigkeitlich" für Gerichte und gerichtlich; "der Vertrag bedarf der Bestätigung der Obrigkeit, — es erfolgt die obrigkeitliche Entscheidung" u. s. w. Wenn dieß, wenigstens was den bloßen Geschäftsbetrieb anlangt, minder bedenklich war, zu einer Zeit, wo alle Geschäfte der öffentlichen Verwaltung noch einfacher ausgerichtet wurden *m*), wo besonders ohne alle Vergleichung weniger geschrieben wurde, als jetzt; so erscheint dieser Organismus höchst fehlerhaft unter den heutigen Verhältnissen, bei dem geistigen und sittlichen Culturstande des Volks und bei den höhern Forderungen an die Geschäftsführung überhaupt und an die Rechtspflege ganz besonders. Hier trägt ein solcher nach dem Typus anderer Zeiten eingerichteter Geschäftsorganismus, besonders in der Rechtsverwaltung, den Keim seiner Hinfälligkeit in sich selbst.

Wir werden die Frage: wiefern etwa die Curatel für die Activmasse von den Gerichten sich trennen

---

m) Vergl. meine Schrift über die bürgerl. Rechtspflege und Gerichtsverfassung Bayerns. Erl. 1826. S. 193. ff.

lasse, in der Folge zum Gegenstande der Erörterung machen.

§. 33.

— weniger in der prioritätischen Verschiedenheit der Forderungen.

Häufig glaubt man eine Hauptursache des langsamen Ganges des Concursverfahrens in den Schwierigkeiten zu finden, welche die Ungleichheit der creditorischen Berechtigung und die Vervielfältigung der Privilegien der Forderungen verursacht. Man urtheilt ganz richtig: je weniger Vorzugsrechte, desto mehr qualitative Gleichheit unter den Gläubigern, und desto weniger Anlaß zu Prioritätsstreitigkeiten, folglich desto leichter das Geschäft der Distribution der Masse. Allein so wie die Abschaffung aller Privilegien wohl nie zu erwarten ist, auch nicht gerecht seyn würde (§. 9. Note p.), so ist die Sache überhaupt so schlimm nicht, als sie scheint. Die Erfahrung lehrt, daß diese Ungleichheit der Berechtigung der Gläubiger auf die lange Dauer und die Verwickelungen eines Concursprozesses bei weitem nicht den Einfluß hat, den man sich gewöhnlich vorstellt. Denn wenn gleich die Gläubiger nach Verschiedenheit ihres Vorzugsrechts gemeinrechtlich in fünf verschiedene Classen eingetheilt werden, welche mit Ausnahme der letzten wieder ihre Unterclassen haben, so daß nicht bloß von Classe zu Classe, sondern häufig selbst in einer und derselben Classe Prioritätsstreitigkeiten entstehen; so kommt doch wohl nur nach sehr seltenen Ausnahmen ein Concurs vor, wo alle in den Prioritätsordnungen als möglich angenommene Forderungen eintreten. Ferner sind die Streitigkeiten über das Vorzugsrecht, man darf sagen ohne Unterschied von der Art, daß bei einer zweckmäßigen Sonderung der Akten dabei durchaus keine Verwirrung zu besorgen ist. Jeder Prioritäts-Anspruch, — und dieses gilt denn auch in

seiner Art bei bestrittener Liquidität — gilt hier als ein abgesonderter Prozeß, der nur spruchreif instruirt werden darf, um in dem Classifications-Urtheile darüber erkennen zu können. Daß bei einem Concurse der gewöhnlichen Art 10. bis 15. solche, rücksichtlich der Priorität näher zu erörternde Forderungsposten vorkommen, ist gewiß ein nicht sehr häufig eintretender Fall, der noch seltener vorkommt, da wo ordentliche Hypothekenbücher eingeführt sind. Denn hier ist das Vorzugsrecht derjenigen Forderungen schon ausgemacht, die sonst gerade die meisten Weitläufigkeiten verursacht haben, der Hypothekenforderungen. Es gibt nur ausdrückliche, keine stillschweigende Hypotheken, und unter jenen entscheidet lediglich die Zeit der Eintragung die Ordnung in der Classification.

§. 34.

Regellosigkeit der Behandlung, eine Hauptursache des Uebels.

Mehr als die Privilegien der Gläubiger, mehr selbst als die vorher genannten beschwerlichen Umstände, die in dem Wesen und Organismus des Concursverfahrens liegen, wirkt ein Uebel, das freilich nicht bei dieser Institution allein, sondern überall, besonders aber in jedem Zweige der öffentlichen Verwaltung mit seinen verderblichen Wirkungen zu Hause ist: — ich meine Ungeschicklichkeit, Trägheit und böser Wille. In diesem Uebel, gegen welches die zweckmäßigsten Gesetze allein nichts vermögen, unter dessen Einflusse vielmehr alles welkt und verdorrt, was die Weisheit der Gesetzgeber und Ordner der Staaten zum ersprießlichen Gedeihen gepflanzt haben, — in diesem Uebel und in der daraus entstehenden Regellosigkeit der Behandlung liegt vielleicht die erste und Hauptursache alles Unheils, das wir im Gefolge des Concursprozesses wahrnehmen, während auf der andern Seite kräftige Anstrengung, Geschicklichkeit

und Liebe zur Sache auch hier die größten Schwierigkeiten überwinden.

Daß Massecuratoren und Anwälte hier vieles zur Verschleppung der Concurse thun, ist eine alte Klage; allein auch hier liegt wieder das Meiste an dem Mangel an Energie der Gerichte selbst *n*). Was dagegen die durch Ungeschicklichkeit und Unthätigkeit der Gerichte selbst entstehende Regellosigkeit des Verfahrens betrifft, so äusfert sich diese hauptsächlich:

1) durch ungebührliche Nachsicht und unzeitige Schonung bei den die Concurseröffnung hemmenden Umtrieben der Schuldner;

2) durch die hierdurch begünstigten Verdunkelungen und Verwirrungen in Ansehung der Activmasse sowohl als der Schuldenmasse, da natürlich die Gläubiger in dem Grade, als sie vigilant sind, die Dispositionsfreiheit des Schuldners nach Möglichkeit zu ihrem Vortheile benützen, wozu ihnen die lange Ungewißheit des Schuldenwesens die erwünschteste Gelegenheit gibt. So werden nicht nur die Prioritätsverhältnisse verrückt, sondern auch der ganze Schuldverband des Gemeinschuldners kann leicht eine ganz andere Wendung nehmen, indem durch die verzögerte Concurseröffnung eine Menge Verwickelungen und Streitigkeiten herbeigeführt werden, die ausserdem nicht entstanden seyn würden;

---

n) Es ist ein alter Erfahrungssatz, daß es hauptsächlich an der Schwäche und Lethargie der Richter liegt, wenn die Rechtsanwälte als die unmittelbare Ursache der Prozeßverzögerung erscheinen. Nam si ipsi judices, sagt L. 13. §. 1. C. de judiciis (III. 1.) mit Recht, noluerint, nullus tam audax invenitur, qui possit invito judice litem protelare.

3) durch Nichtbeobachtung einer zweckmäßigen Separation des Liquiden vom Illiquiden, welche Absonderung, unbeschadet der Prozeßart und der sonst hiebei nicht Statt findenden Verweisung zur besondern Erörterung, in gewisser Art allerdings zuläßig und für die Beschleunigung der Sache sehr wohlthätig wirksam ist. So wie die Sache häufig behandelt wird, kann wegen einer einzigen oder wegen nur weniger, rücksichtlich der Liquidität oder des Vorzugsrechts streitigen Forderungen der Prozeß Jahre lang durch alle Instanzen durchgeführt werden, indeß alle übrige Gläubiger auf ihre Befriedigung vergeblich harren und die freie Benutzung ihrer Kapitalien, ja selbst die Zinsen entbehren müssen;

4) durch Weitschweifigkeit des Verfahrens, besonders durch Gestattung schriftlicher Rezesse statt eines abgekürzten mündlichen Verhandelns zum Protokoll;

5) durch verzögerliche oder zweckwidrige Behandlung der Activmasse, verspäteten Verkauf der Immobilien, statt dessen schlecht berechnete Selbstadministration oder Verpachtung derselben, worin häufig eine Quelle von neuen Verwickelungen und Streitigkeiten liegt, überhaupt durch verzögerte Flüssig- und Theilbarmachung der Vermögens-Masse und so weiter.

Um dem gerügten Uebel zu begegnen, hilft die beste Concursordnung nichts; sie wird eben dadurch in ihrer Wirksamkeit gelähmt. Nur strenge Aufsicht und Zucht von Seiten der aufsehenden Gewalt kann demselben steuern. Aber Mängel in der Ordnung des Verfahrens selbst, zweckwidrige Bestimmungen, die der Ausbeugung aus dem Wege der Ordnung Vorschub thun und welche die richterliche Willkühr zu sehr erweitern oder beschränken, vergrößern das Uebel.

§. 35.

Die zu lösenden Aufgaben.

Schon aus dem bisher Gesagten leuchtet das hohe Interesse der Fragen ein, womit sich diese Abhandlung beschäftigt:

Durch welche Mittel läßt sich ein Concursprozeß abwenden?

und

Wie läßt sich ein schon begonnener, unbeschadet seines Zwecks, mehr vereinfachen oder abkürzen?

Es bedarf, was die erstere Frage betrifft, kaum einer Erwähnung, daß es sich hier nicht um solche Mittel handelt, die zum Wirkungskreise der Polizei und Staatswirthschaft gehören, also von Mitteln, wie der Verschuldung und ihren Ursachen zu wehren, theils durch Steuerung des Luxus, der Arbeitsscheu und Verschwendung, so wie durch Entfernung der Hindernisse des Erwerbs, theils positiv durch Oeffnung von Nahrungsquellen, Beförderung der Industrie, Hebung des Credits und Unterstützung herabgekommener Staatsbürger. Hier können nur solche Mittel zur Sprache kommen, die in das Gebiet des Rechtsverfahrens gehören, die der Richter als solcher anwenden und die Justizgesetzgebung vorschreiben kann.

Zweites Buch.

Von den Mitteln der Abwendung eines Concurses.

§. 36.

Vorerinnerung und Uebersicht.

Bei der Frage: durch welche Mittel läßt sich ein Concursprozeß abwenden? muß vor allen einem scheinbaren Widerspruche begegnet werden. Die Gesetze haben nämlich dafür gesorgt, daß ein Staatsbürger, wenn er auch mit vielen Schulden belastet ist, und von vielen Gläubigern gerichtlich in Anspruch genommen wird, ja wenn es sogar, wie man meint, mißlich mit ihm steht, deßhalb allein und sofort nicht der Verwaltung seines Vermögens durch Verhängung des Concurses entsetzt werde. Sie fordern vielmehr, als Bedingung dieser harten Maßregel eine wirkliche Unzulänglichkeit des Vermögens zur Bezahlung der Schulden. So scheint denn jene Frage nur dann eine Bedeutung zu haben, wenn zum Concurse wirklich Veranlassung gegeben ist, also wenn Vermögens-Unzulänglichkeit eintritt, alsdann aber auch kein Gegenstand langer Bedenklichkeit zu seyn, weil es kein anderes Auskunftsmittel mehr gibt, sollen anders die Gläubiger nicht der Gefahr ausgesetzt werden, durch Verminderung der Mittel ihrer Befriedigung noch größere Einbuße zu leiden, als ihnen vielleicht jetzt schon bevorsteht.

Allein wie die Erfahrung lehrt, so kann ein Schuldner allerdings noch hinlängliches Vermögen haben, um alle seine Gläubiger zu befriedigen: es kann aber durch ein übereiltes Andringen derselben und durch eine zweckwidrige und ungemessene Strenge in der Hülfsvollstreckung ein Mißverhältniß im Stande des Vermögens und der Schulden verursacht, und so ein Schuldner gestürzt werden, der bei zweckmäßigerer Behandlung

und wenn man ihm zu seiner Erhohlung einige Nachsicht gegönnt hätte, vielleicht zu erhalten gewesen wäre.

Aber auch eine wirkliche Ueberschuldung hat noch keineswegs die Nothwendigkeit der Concurs-Eröffnung oder doch der concursmäßigen Durchführung des Debitwesens zur unvermeidlichen Folge; und so ist denn die Frage um Abwendung eines Concurses auch hier noch praktisch. Es können die Gläubiger entweder aus Mitleiden gegen den Schuldner oder auf billige Intercession Nachlässe und andere Befriedigungs-Temperamente dem förmlichen Concursverfahren vorziehen. Auch kann es geschehen, daß sie selbst ohne Rücksicht auf den Schuldner, schon ihres eigenen Besten willen, in das, was vorhanden ist, lieber auf kurzem Wege sich friedlich theilen, als es auf eine kostbare gerichtliche Einmischung ankommen lassen wollen.

Bei der Untersuchung der Mittel zur Abwendung eines Concurses kommt es also

I. zuvörderst darauf an, auf das Executionsverfahren überhaupt, besonders aber was die Hülfsvollstreckung in die unbeweglichen Güter anlangt, sein Augenmerk zu richten, und zwar zunächst wegen ihrer präjudiziellen Eigenschaft bezüglich auf den Concurs, dann aber auch wegen ihres auch in formeller Hinsicht wesentlichen Zusammenhangs mit demselben.

II. Es gibt indessen auch Mittel zur Abwendung eines Concurses, wobei überhaupt von jeder executiven Maßregel Umgang genommen wird. Sie bestehen im allgemeinen in der Erleichterung der Obligation des Schuldners und zwar durch Nachlaß an dem Forderungsrecht, es sey rücksichtlich der Zeit der Erfüllung oder des Betrags der Forderung.

Es kann aber

a) ein durch Nachsicht der Gläubiger bewirkter Nachlaß an der Zeit der Erfüllung die Wirkung entweder einer zwangsweise auferlegten (Moratorium) oder einer freiwillig übernommenen Verpflichtung seyn. Bei diesem Auskunftsmittel wird vorausgesetzt, daß der Schuldner an sich hinlängliche Befriedigungsmittel habe, die aber nur gegenwärtig nicht disponibel sind. Er soll seine Schulden zwar ganz bezahlen, nur nicht sogleich oder nicht auf einmal.

b) Selbst bei einer wirklichen Ueberschuldung kann dem Concurse vorgebeugt werden, indem die Obligation durch einen Nachlaß am Betrage der Forderungen dem Schuldner erleichtert wird.

Diese Mittel sollen, zunächst soweit sie auf die Concursabwendung gehen, nun Gegenstand näherer Prüfung werden.

Erster Abschnitt.

Von der Hülfsvollstreckung und deren zweckmäßiger Einrichtung.

Erstes Kapitel.

Allgemeine Betrachtungen über die Execution überhaupt und in die Immobilien insonderheit.

§. 37.

Von dem praktischen Interesse dieser Untersuchung.

Es kann zu weit getriebene Strenge in der Execution einen Concurs herbeiführen, welchem ausserdem vielleicht vorzubeugen gewesen wäre. Dieß kann aber auch durch zweckwidrige Gelindigkeit, unzeitige Nachsicht und Verzögerung kräftiger Maßregeln geschehen. Denn indem ein ungebührlich geschonter Schuldner nach der Erfahrung gewöhnlich nur tiefer ins Verderben geräth, und die durch zweckmäßige und rechtzeitig angewandte Strenge zu erhaltenden Befriedigungsmittel seiner Willkühr preisgegeben sind, können sie für die Gläubiger leicht verloren gehen, oder doch so vermindert werden, daß eigentlich oft erst eine Insolvenz entsteht, die nur durch das Mittel des Concurses zu heilen ist. Darum und bei dieser Collision der Rücksichten macht die Frage: was fordert eine zweckmäßige Hülfsvollstreckung namentlich in die unbeweglichen Güter, insonderheit, was ist in Ansehung des Zwangsverkaufs zu beobachten, einen Hauptgegenstand dieser Betrachtungen aus, und der Einfluß dieser Maßregel der richterlichen Hülfe zeigt sich nicht nur da überaus praktisch, wo von Abwendung eines Concurses die Rede ist, sondern auch da, wo es sich um die Frage handelt, wie Concursprozesse abzukürzen sind. Man kennt die häufigen Versuche, durch

Wiederhohlung der Immobilien-Feilbietung einen bessern Käufer zu finden. Man glaubt dabei das Beste des Schuldners sowohl als der Gläubiger zu befördern. Allein es geschieht gewöhnlich weder das Eine, noch das Andere. Diese Versuche gehören vielmehr, in Verbindung mit andern Mißgriffen der Gesetzgebung und Praxis rücksichtlich der Zwangsverkäufe, zu den Hauptursachen der langen Dauer, Kostspieligkeit und Verderblichkeit der Concursprozesse. Das Schicksal des Schuldners verbessern sie ohnehin wohl nur nach höchst seltenen Ausnahmen. Dagegen gereichen sie häufig zum Nachtheil aller Gläubiger, selbst diejenigen nicht ausgenommen, die sie gleichsam als die letzten Strahlen zur Erwärmung und Belebung ihrer erstarrenden Hoffnung begierig auffassen; denn diese tragen wenigstens so die quälende Ungewißheit noch länger mit sich herum und verlieren ihre Zeit, ihr Geld und ihre Ruhe. Noch mehr aber gereichen diese Verzögerungen zum Nachtheile der vorzüglichern Gläubiger, die nun mit dem Strome fortschwimmen müssen, statt daß sie längst auf dem Trocknen wären, wenn man nicht über unzeitigem Mitleiden gegen Andere die Gerechtigkeit gegen sie aus den Augen gesetzt hätte.

Allein auch abgesehen von diesen Rücksichten kann man sich der Prüfung der Frage, wie das Concursverfahren zweckmäßig einzurichten, nicht nach allen erforderlichen Rücksichten unterziehen, ohne zugleich auf das Verfahren in der Execution seine Aufmerksamkeit zu wenden, und zwar schon wegen der nahen Verbindung beider mit einander. Sowohl nach seiner Veranlassung als nach seinem Wesen steht der Concurs mit der Execution gegen den Schuldner in sehr enger Verwandtschaft; sein Zweck ist durchaus executorischer Natur. Denn indem dieser kein anderer ist, als: unter mehrere Gläubiger desselben Schuldners dessen zu ihrer aller Befriedigung

unzureichendes Vermögen nach Maßgabe des Vorzugsrechts eines jeden gerichtlich zu vertheilen o), so geht man von der, der Execution eigenthümlichen Idee der Realisirung des Rechts durch richterliche Gewalt aus. Daher wurde auch in den älteren Prozeßordnungen der Concurs gewöhnlich bei der Materie von der Hülfsvollstreckung als eine eigene Spezies derselben behandelt, und derselbe erscheint somit historisch als eine Modifikation der Execution. Schon darum also ist es, wenn von Verbesserung des Concursverfahrens die Rede ist, nicht zu vermeiden, auf die Hülfsvollstreckung zuerst das Augenmerk zu richten.

§. 38.

Fortsetzung.

Daß die Execution der ordentliche Vorläufer des Concurses ist, ist dem, der mit gerichtlichen Händeln vertraut ist, nichts unbekanntes. Es kommt selten zum Concurse, wenn der Schuldner nicht von seinen Gläubigern gedrängt wird. Jener hat in dem Interesse seiner Erhaltung, sey diese auch noch so prekär, viel zu viel Abhaltungsgründe, als daß er sich von freien Stücken für insolvent angeben sollte, gesetzt daß er auch in der That, wie man sagt, materiell concursmäßig wäre. Auch treten bei dem Schuldner, der kein Kaufmann ist, andere Verhältnisse ein. Der Kaufmann kann wohl plötzlich, ehe man sichs versieht, sich veranlaßt finden, sein Unvermögen anzuzeigen; denn bei ihm schlagen Palliativ-Mittel nicht so an, wie bei dem Nichtkaufmann. Auch wird sich kein Praktiker die Sache so vorstellen, wie er sich dieselbe bei dem ersten Anhören des Collegiums über den Concursprozeß etwa vorgestellt hat: daß

---

o) Martins Lehrbuch des bürg. Prozesses §. 310.

nämlich immer mehrere Gläubiger zugleich vor Gericht mit ihren Forderungen auftreten und ihre Befriedigung verlangen, wo sich dann ergibt, daß das Vermögen nicht hinreicht u. s. w. Gewöhnlich haben die Gläubiger einzeln schon manchen Gang im Wege des Prozesses und der simpeln Execution mit dem Schuldner gemacht, bis sich dieser Weg endlich in der breiten Straße des Concurses, oder der qualificirten Execution endigt, wie wir oben schon §. 28. gehört haben. Diese Betrachtungen mögen zur Rechtfertigung dienen, wenn für den Hauptzweck dieser Abhandlung, insonderheit bei der Hülfsvollstreckung in die unbewegliche Habe eines Schuldners länger verweilt wird.

§. 39.

Schwierigkeiten einer Execut. Ordnung.

Die Materie von der Hülfsvollstreckung besonders in die unbewegliche Habe des Schuldners ist nicht die letzte von denienigen, wobei Theorie und Erfahrung sich oft unfreundlich begegnen und der Gesetzgebung große Schwierigkeiten darbieten. Denn so einfach das Prinzip scheint, von dem hier ausgegangen werden muß, nämlich

> die Hülfsvollstreckung muß dem Gläubiger mit Strenge zu seinem Rechte verhelfen, ohne dem Schuldner mehr als unumgänglich noth thut, wehe zu thun;

so haben doch die Gesetzgebungen bisher in der Anwendung dieses Grundsatzes große Schwierigkeiten gefunden, und die meisten das rechte Ziel verfehlt. Im Schwanken zwischen Strenge und Gelindigkeit neigte man sich bald zu Maximen, welche die Gerechtigkeit gegen den Gläubiger zu diktiren schien, und vergaß im strengen Halten über manchen unfruchtbaren Ideen die Rücksich-

ten für den Schuldner; bald und noch öfter neigte man sich auf die entgegengesetzte Seite, und eine übertriebene Nachsicht gegen den Schuldner aus unzeitiger Humanität vereitelte den Endzweck aller Gerechtigkeit, die Rechtshülfe, überließ auch wohl das Meiste den Umständen im gegebenen Fall, und einer nur zu leicht principienlosen Willkühr der Executions-Beamten *p*). Man vergaß, daß die Gesetze in dieser Materie weder die Erhaltung des öffentlichen Credits, noch die Rücksichten für die Sicherheit des Eigenthums ausser Acht lassen dürfen. Man vergaß bei der zu großen Strenge, daß auch der Schuldner nicht bloß von der richterlichen Billigkeit, sondern auch von dem Rechte Rücksicht erwarten dürfe; und bei der zu großen Gelindigkeit, daß Schonung in der Execution, also bei dem richterlichen Zwang, eigentlich einen Widerspruch enthält, weil Nöthigen und Schonen Begriffe sind, die sich gegenseitig aufheben. Doch haben unsere meisten Gesetzgebungen sich mehr auf die Seite der Schuldner als der Gläubiger geneigt, und so eben das Unterscheidungs-Merkmal verkannt, daß der Schuldner nur nicht mit einem härtern Zwange zu belegen sey, als der Zweck der Realisirung des Rechts unbedingt fordert, folglich so lange gelindere Mittel zum Zwecke der Befriedigung des Berechtigten führen, strengere nicht bloß der Humanität, sondern selbst der Gerechtigkeit entgegen sind. Aber Strenge ist und bleibt immer das Wesen der Execution.

§. 40.

Ursachen dieser Schwierigkeiten.

Wenn es bisher noch wenigen, vielleicht gar keiner Executions-Ordnung gelungen ist, das schwierige Pro-

---

p) Die vormalig Reichsstadt-Augsburgische Pr. Ordn. von 1770. handelt die Materie von der Execution in zwei kurzen Paragraphen ab!

blem ganz zu lösen: wie nämlich die Forderungen der Gerechtigkeit mit den billigen Rücksichten der Schonung der Schuldner, besonders in gewissen kritischen Perioden, und diese Rücksichten wiederum mit den Forderungen der Politik, die eben in der Strenge gegen die Schuldner ein Creditbeförderungs-Mittel findet, in Einklang zu bringen, — so kommt dieß unter andern wohl daher, daß man entweder zu wenig oder zu viel dem richterlichen Ermessen im gegebenen Falle überließ. Von den vier, überhaupt möglichen und daher auch wenigstens nach der Praxis allgemein Statt findenden verschiedenen Executionsarten:

1) auf Unterlassung einer Handlung,

2) auf Leistung einer Handlung,

3) auf Herausgabe einer Sache,

4) auf Zahlung einer Geldschuld,

kommt es hier nur auf die letzte an, und nur diese findet, in der Anwendung Schwierigkeiten. Denn bei dem ohne alle Schonung vorgekehrten Zwang, wodurch der Verurtheilte genöthigt wird, das fernere Fahren über des Klägers Acker zu unterlassen, den gezogenen Graben wieder einzuebenen, den Besitz des Hauses dem Kläger abzutreten, kann überall kein Bedenken obwalten. Der Beklagte ist verurtheilt, das Urtheil ist rechtskräftig, er gehorche also nur; Nachsicht und Schonung wäre wahre Justizverweigerung. Auch übersteigt es hier nicht die Kräfte des Beklagten, dem richterlichen Befehle Folge zu leisten; sein Widerstreben hat also gewiß nur im Eigensinne seinen Grund. Hier kann folglich nur die Frage von der Art des Zwangs seyn, wie sie dem Verurtheilten, nicht eben am wenigsten lästig ist; im Gegentheil, wie sie ihm am unbequemsten fällt, folglich am geeignetsten ist, dem richterlichen Gebote Gehorsam zu

verschaffen. Dabei können denn auch Geldstrafen eintreten, die da, wo von Bezahlung einer Schuld die Rede ist, natürlich zweckwidrig seyn würden. Der Schuldner würde, ohne ein anderes Nöthigungsmittel, die Geldstrafe so wenig bezahlen, als die Hauptschuld. Anders verhält es sich mit der vierten Art der Execution, wo von Bezahlung einer Geldsumme die Rede ist, und so denn natürlich auch bei den übrigen Arten, im Fall etwa die Vergütung eines Interesse oder die Bezahlung einer Geldstrafe durch Zwang bewirkt werden soll. Bei dieser Art der Execution kann allerdings, vorausgesetzt, daß es sich nicht um das bloße Wegnehmen einer bereitliegenden Summe Geldes (was denn auch von andern fungibeln Sachen gilt,) handelt, die zweckmäßige Vollstreckung der Hülfe oft nichts leichtes seyn. Wenn freilich der Schuldner die 500 fl., die von ihm beizutreiben sind, oder die 10 Schäffel Korn, die er liefern soll, im Koffer oder auf dem Speicher liegen hat, so ist es von selbst klar, daß es nur des Wegnehmens bedarf. Aber es kann vorkommen, ist auch sogar der gewöhnliche Fall, daß statt der Summe Geldes, welche gezahlt, statt der Quantität anderer fungibler Sachen, welche gegeben werden soll, nicht eben so viel, also Ein und Dasselbe, bei dem Schuldner gefunden wird. Hier muß zur Befriedigung des Gläubigers zur Pfändung geschritten, des Schuldners sonstige Habe angegriffen, weggenommen und durch Verkauf zu Gelde gemacht werden, und so stehen wir denn auf dem Punkte, wo das eigentlich kritische Verhältniß eintritt. Denn hier kann dem Schuldner, der doch nicht aus Starrsinn und Bosheit die Zahlung verweigert, also schon um deswillen der Rücksicht sich nicht unwürdig gemacht hat, leicht mehr abgenommen werden, als er eigentlich schuldig ist, so daß die Maßregel das Ansehen einer erzwungenen datio in solutum gewinnt. Statt der schuldigen 500 fl. wird dem

Schuldner vielleicht ein Schmuck von Juwelen abgenommen, der zwar zufällig den als Preis dafür gebotenen 500 fl. wofür er bei dem Verkaufe losgeschlagen wird, im Werthe gleich seyn kann, wie er auch von Sachverständigen nicht höher taxirt worden, der aber doch einen höhern Werth haben kann, und wenn ihn der Besitzer nach günstiger Gelegenheit selbst verkauft hätte, vielleicht auch einen bessern Käufer gefunden haben würde. Bei Vorräthen an verkäuflichen Gegenständen derjenigen Art, die keinen sichern, sondern hauptsächlich von mehr oder minder günstigen Umständen, und von der veränderlichen Concurrenz der Kauflustigen, abhängenden Preis haben, kann die Bedenklichkeit eines Mißverhältnisses des Preises oder Werthsäquivalents gegen den eigentlichen (innern) Werth zum Schaden des Schuldners noch häufiger eintreten, wenn bei dem Verkauf ein ungünstiger Zeitpunkt gewählt wird. Sollte hier der Schuldner nicht bei der Veräusserung ein wichtiges Wort zu reden haben?

Noch mehr ist dieses der Fall bei Immobilien, von deren Besitz oder Nichtbesitz nicht nur des Schuldners und seiner Familie Erhaltung bei häuslichen Würden, auch wohl das wichtige Recht des Zustandes eines activen Staatsbürgers mit den dadurch begründeten Vorzügen abhängen kann, sondern die auch bei einem zu raschen Verkaufe leicht weit unter ihrem Werthe, ja selbst unter dem laufenden Preise verschleudert werden können. Niemand wird also zweifeln, daß eine übereilte Execution, so wie sie leicht den Verlust einer beträchtlichen Summe verursachen kann, auch ganz dazu geeignet ist, einen Concurs herbei zu führen, der vielleicht nicht entstanden seyn würde, wenn man einen günstigern Zeitpunkt abgewartet hätte. Auch bei schon ausgebrochenem Concurse ist der Verlust der Gläubiger größer oder ge-

ringer, je nachdem man bei dem Verkaufe der Immobilien rascher oder mit Behutsamkeit zu Werke geht.

§. 41.

Von den Executionsmitteln überhaupt, und zwar

a) nach heutigem Recht.

Die Executionsmittel, besonders bei der vierten Art der Hülfsvollstreckung (S. 89.) oder zum Zwecke der Beitreibung einer Geldschuld, waren bei unsern deutschen Vorfahren ungleich mannigfaltiger als bei uns. Heut zu Tage kennt man hauptsächlich nur zweierlei Mittel und ausserordentlicher Weise ein drittes. Das erste besteht in einer Art von psychischen Zwang; das zweite hat das Vermögen des Schuldners zum Gegenstand, indem die schuldige Summe oder statt derselben ein verhältnißmäßiger Theil der beweglichen oder unbeweglichen Habe mit Gewalt weg- oder in Beschlag genommen und durch Veräusserung zu Gelde gemacht wird; das dritte Mittel greift die Person des Schuldners an.

1) Die Einlegung des Executors ("Pressers") ist das erste Mittel. Die Absicht hierbei ist, durch die lästige und dabei kostspielige Gegenwart dieses Werkzeugs der Gerechtigkeit, wenigstens Anfangs den Versuch zu machen, den Starrsinn des Schuldners zu beugen, wenn er, im Besitze der nöthigen Mittel, seinen Gläubiger zufrieden zu stellen, nur aus Eigensinn oder Bosheit die Zahlung verweigert, und man etwa doch nicht auf der Stelle zu dem gewaltsamern Mittel der Wegnahme bereit liegender Gelder schreiten will, was freilich das kürzeste ist. Auch wenn der Schuldner die nöthigen Mittel zwar nicht in Bereitschaft hat, jedoch bei gehöriger Umsicht und Benutzung aller ihm übrigen Hülfsquellen wahrscheinlich beizuschaffen im Stande ist,

kann diese Art des Zwangs wirksam werden. Ist aber weder das eine noch das andere der Fall, fehlt es also überhaupt an bereiten Zahlungsmitteln, so wird auch der eingelegte Executor nichts aus dem Schuldner pressen. Hier ist folglich dieses Executionsmittel ganz zwecklos; ja es ist zweckwidrig, sofern als der Presser doch gewöhnlich nicht mit leeren Händen abzieht, sondern die letzten Groschen, nicht für den Gläubiger, sondern für seine Bemühung, dem armen Schuldner abpreßt. Wenn man also nicht bloß die Absicht hat, dem Executor eine Gebühr zuzuwenden, so ist es hier offenbar zweckgemäßer, sofort zum zweiten Mittel, nämlich

2) zur Auspfändung (pignoris capio) der beweglichen Habe zu schreiten, vorausgesetzt, daß zureichende Gegenstände derselben vorhanden seyn. Die Auspfändung geschieht durch Wegnahme des Mobiliars nach einem ohngefähren Ueberschlag des Bedarfs für den Zweck, und nach dem Grade der Entbehrlichkeit, mit Verschonung des ganz Unentbehrlichen *q*) und zugleich mit Rücksicht auf die größere oder geringere Leichtigkeit der Fortschaffung und Verwerthung. Sind keine taugliche Gegenstände oder nicht in hinlänglicher Menge im Mobiliar-Vermögen vorhanden, oder kann der Gläubi-

q) Wenigstens so lange irgend noch ein anderer Gegenstand der Realexecution vorhanden ist. Denn ist dieß der Fall nicht, so ist ohnehin die Insolvenz ausgemacht und es tritt der Concurs ein, der keine Rücksicht kennt, zu dem es aber gewöhnlich nicht kommt, wenn die Umstände so sind. Die Gläubiger bescheiden sich dann gewöhnlich von selbst, daß es besser ist, jene bei der simpeln Execution verschonten Stücke dem Schuldner, für den ohnehin in solchem Falle gewöhnlich Gründe des Mitleidens sprechen, zu lassen, als daraus eine Masse zu formiren, an welche die Gerichtskosten den ersten Anspruch haben.

ger nach Beschaffenheit seiner Forderung sofort zu der unbeweglichen Habe greifen, so wird die Hülfe in den Immobilien vollstreckt, und zwar in der Regel zuerst durch Immission, hiernächst durch öffentlichen Verkauf. Zuletzt machen die ausstehenden Forderungen des Schuldners den Gegenstand der Wegnahme aus; allein mit dieser gesetzlich *r*) zwar begründeten Ordnung, wird es so genau nicht genommen, sondern nach Befinden *s*) die Activa vor den Immobilien angegriffen.

3) Das letzte Mittel ist der Angriff der Person des Schuldners durch Anhalten desselben zum Abverdienst, oder durch Verhängung eines bürgerlichen Arrests, bis er die Mittel der Befriedigung herbeischafft, oder nach einem bestimmten Zeitverlaufe sich ergibt, daß auch dieses Mittel vergeblich ist. In der Praxis kommt dieses Executionsmittel selten vor, theils wegen der mit dem Abverdienst verbundenen Schwierigkeiten, theils, was den Arrest betrifft, aus den §. 27. angeführten Ursachen *t*).

§. 42.

Fortsetzung.

b) nach ältern deutschen Rechten.

Bei unsern deutschen Vorfahren war man erfinderischer an Mitteln zur Nöthigung der Schuldner, als in

---

r) L. 15. §. 8. D. de re jud.

s) vergl. meine Schrift: über die bürgerl. Rechtspflege und Gerichtsverfassung Baierns. Seite 130.

t) Aus einer 30jährigen Richteramtsführung erinnert sich der Verfasser unzähliger Fälle, wo der insolvente Schuldner nach der Theorie zum Abverdienst angehalten oder in den Schuldarrest hätte gebracht werden müssen, aber nicht eines einzigen, wo auch nur der Antrag ernstlich darauf gemacht worden wäre.

unsern Tagen. Ueberhaupt scheint es, als ob es damals den Gerichten mehr Ernst gewesen sey, ihren Aussprüchen Kraft zu geben. Dieß beweist schon die Art, wie, wenigstens in den frühesten Zeiten, die Hülfsvollstreckung vorgenommen wurde. Die Execution eines Urtheils pflegte einem urtheilsprechenden Gerichtsmitgliede (Schöffen) mit einem oder mehrern Frohnboten, oder zwar auch einem Frohnboten allein, der aber damals in einem ungleich größern Ansehn stund, als unsere heutigen Executoren, übertragen zu werden. Auch hat man Beispiele, daß das gesammte Gericht, um das von ihm gesprochene Urtheil in Vollzug zu setzen, sich an Ort und Stelle verfügte *u*). Es scheint als ob man den wichtigsten Act und den Endzweck der ganzen Rechtspflege, die wirkliche Rechtshülfe nämlich, nicht feierlich genug vornehmen zu können geglaubt hätte, und als ob das Gericht mit seiner ganzen Autorität dem Beklagten gerade da am meisten hätte imponiren wollen, wo er es auf Gewalt ankommen läßt, und auch die meiste Versuchung findet, sich der Rechtshülfe zu widersetzen. Daß man dieß heut zu Tage anders nimmt, einen Executionsbedienten, häufig sogar ohne Ansehen und Achtung, oft einen bloßen Gehülfen des Gerichtsdieners zur Hülfsvollstrekkung abschickt, gibt bekanntlich nicht selten Veranlassung zu Excessen, denen man lieber vorbeugen, als selbige hinterher durch eine Criminal-Untersuchung ahnden sollte.

Die gerichtlichen Zwangsmittel waren folgende *v*):

1) Geldbußen, in welche der widerspenstige Verurtheilte verfiel und welche mit jeder neuen Anmahnung

---

u) Maurers Geschichte des altgermanischen rc. Gerichtsverfahrens rc. (Heidelberg 1824. 4.) §. 166.

v) Ebendas. §. 167.

vermehrt wurden. Reichten diese Geldbußen nicht hin, den Verurtheilten zur Folgeleistung zu bewegen, so erfolgte

2) die Pfändung seiner beweglichen Habe, und wenn das Pfand binnen einer (verschiedentlich ein- bis sechswöchigen) Frist vom Schuldner nicht eingelöst wurde, dessen Verkauf oder Versatz *w*). Im Fall der Unzulänglichkeit der beweglichen Habe konnte auch

3) des Schuldners unbewegliches Gut in Beschlag genommen, dasselbe befrohnt oder verkümmert werden, was mittelst symbolischer Zeichen geschah, und nach einem bestimmten Zeitverlaufe die Ueberlassung an den Gläubiger zum Eigenthum für Rechnung seiner Forderung zur Folge hatte.

4) Bei Vindicationen machte man einen Unterschied zwischen dem contradictorischen und dem Contumacial-Verfahren. Bei letzterem erfolgte die Einweisung in den Besitz nach dreimaliger Vorladung, wobei jedoch dem Verurtheilten, wenn er darthun konnte, daß er aus "ehehafter oder echter Noth" (wegen Krankheit, Gefangenschaft, Wallfahrt ausser Landes oder Reichsdienst) ausgeblieben, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand binnen Jahresfrist nachzusuchen, vorbehalten war. Nach Ablauf dieser Zeit gelangte der Besitzer zum Besitz als Eigenthümer (zur eigenthümlichen Were) durch gerichtliche Einweisung. Dieses Contumacial-Verfahren durch Einsetzung in

---

w) Dieses Verpfänden des abgenommenen Gegenstandes ist in der That heute noch ein sehr zweckmäßiges, aber von den meisten Executionsordnungen auffallend verkanntes Mittel. Freilich ist es nur da recht praktisch, wo öffentliche Leihhäuser bestehen.

in die Güter der ungehorsam ausgebliebenen und sich verborgen haltenden Beklagten (missio in bona latitantium in poenam contumaciae oder vielmehr rei servandae causa), welche das päpstliche Recht mit unrichtiger Anwendung des römischen Rechts *x*) sanktionirte und dessen Bestimmung in mehrere Particularrechte überging, wurde durch den jüngsten R. A. abgeschafft, indem dieser §. 36. bestimmt, "daß gegen den ungehorsamen Antworter in contumaciam (jedoch mit hinfüriger Aufhebung der bisherigen gebräuchlichen zweyen Wegen entweder auf die Pön der Acht oder immission ex primo vel secundo Decreto zu procediren) in der Hauptsache zu verfahren." — Bei der contradictorischen Verhandlung konnte die Einweisung sogleich in den eigenthümlichen Besitz verlangt werden.

5) Wenn der Verurtheilte im Gerichtsbezirk kein Grundeigenthum besaß, auch keinen Bürgen für seine Schuld stellen konnte, so traf ihn ein acht bis vierzehentägiger Verhaft, und er konnte nach erstandenem Arrest dem Gläubiger zu Hand und Halfter geschlagen oder

6) aus seinem Wohnorte verwiesen werden (§. 13.)

7) Auch die Acht galt hie und da als Executionsmittel, sowie endlich

8) wenn alle diese Mittel nichts fruchteten, dem Gläubiger verstattet war, seinen Gegner zu befehden, ohne sich eines Landfriedensbruchs theilhaftig zu machen. Auch war gegen den die Einlassung vor Gericht verweigernden Gegner die Selbsthülfe gestattet *y*).

---

x) Boehmer J. E. P. Tom. I. L. II. Tit. 15.

y) Maurer a. a. O. Vergl. jedoch Datt de pace publ. L. I. c. 16.

§. 43.

Von den Schwierigkeiten bei der Hülfsvollstreckung in Immobilien.

Es ist vorhin (§. 40. a. E.) bemerkt worden, daß die Bedenklichkeiten, welche bei der Hülfsvollstreckung eintreten können, hauptsächlich bei den Zwangsveräusserungen der Immobilien sich zeigen. Bei den meisten Concursen machen diese ohnehin den größten Theil der Masse aus, und es gehört zu den seltenen Ausnahmen, daß es bei dem verschuldeten Unterthan, der kein Kaufmann ist, hat er keine liegende Gründe, bei einer Ueberschuldung zu einem ordentlichen Concurse kommt, theils wegen Geringfügigkeit der Masse, theils wegen des gewöhnlich meist gleichen Rangs der Forderungen. Nur bei dem Kaufmann und dem Grundeigenthümer gibt es vorzugsweise Concurse. Aber bei letzterem sind die Immobilien die Hauptsache. Ausstehende Activ-Forderungen und Vorräthe hat er nicht; sie sind wenigstens verhältnißmäßig unbedeutend, und was insonderheit die Activ-Forderungen anlangt, wenn dergleichen vorhanden, so sind sie gewiß nicht flüssig zu machen, stehen vielmehr unsicher, oder sind gar caduk, weil der Schuldner sie ausserdem längst einzuziehen nicht versäumt haben würde. Baares Geld wird man ohnehin nicht suchen, und die Mobilien des Schuldners bieten gewöhnlich, wenigstens bei dem größten Theile der Landeigenthümer vom Bauer- und gemeinen Professionisten-Stande eine sehr armselige Ausbeute dar. Was daran einigen Werth hat, ist gewöhnlich schon verschleppt, ehe es zur Execution kommt, oder durch frühere Auspfändungen in Abgang gekommen, ehe der Concurs eröffnet wird. Nur die unbewegliche Habe ist dasjenige, woran man sich hauptsächlich hält, weil diese allein unangreifbar war; und so ist denn bei einem in Concurs gerathenen Landwirth, (ich

rede hauptsächlich von diesen als der jetzt bei weitem größten Zahl der verschuldeten Staatsbürger) dessen Immobiliarmasse nach der Schätzung etwa 5000 fl. beträgt, das Mobiliare oft kaum auf ein paar Hundert Gulden sicher anzuschlagen, selbst mit Inbegriff der beweglichen Pertinenzien an Vieh, Schiff und Geschirr. Denn nicht zu gedenken, daß bei einem so herabgekommenen Schuldner für Unterhaltung und Nachschaffung des Inventars nichts geschieht, auch aus Mangel an Mitteln nichts geschehen kann, so liegt in dem Umstande, daß dem Schuldner bei der Veräusserung desselben nicht die Hände gebunden werden können, in Verbindung mit seinem Bedürfniß eine viel zu große Versuchung, als daß er derselben aus redlicher Rücksicht auf seine Gläubiger widerstände. Gerichtliche Einschreitungen auf Antrag der Gläubiger kommen gewöhnlich zu spät, besonders in Gegenden, wo Juden sind.

§. 44.

Die Speculation auf den Verkauf an den Meistbietenden trügt oft.

Der Erlös aus den unbeweglichen Gütern ist es also hauptsächlich, worauf die darauf ein Hypothekrecht habenden, so wie hiernächst auch die übrigen Gläubiger ihrer Befriedigung wegen ihr Augenmerk richten, wenn es zum Concurs über das Vermögen eines Landgutbesitzers kommt. Ihnen liegt also alles daran, daß diese Gegenstände ihrer Befriedigung so gut und hoch, als nur immer möglich ist, verkäuflich an den Mann gebracht werden. Dazu bietet denn, — wenn man einmal, wie hier, verkaufen muß, also nicht abwarten kann, ob und wann sich etwa ein Kauflustiger von freien Stücken einfinden werde, und wo man auch nicht unter der Hand nach einem solchen mit Rücksicht auf Zeit und Gelegenheit sich umsehen kann, — der öffentliche Ver-

kauf an den Meistbietenden freilich die beste Gelegenheit dar. Soll aber dieser öffentliche Verkauf seinem Zweck entsprechen, so muß er zur möglichst allgemeinen Kenntniß des Publikums und damit also auch der Kaufliebhaber kommen. Hier kann mit Recht erwartet werden, oder es scheint doch so, daß der Preis dem Werthe der Sache (und damit kann auf jeden Fall der verkaufende Theil zufrieden seyn) angemessen sey. Denn alle, die ein Bedürfniß zu kaufen fühlen, erfahren, wo sie dasselbe befriedigen können; auch ist zugleich die Concurrenz Mehrerer der Speculation der Käufer auf einen niedrigen Preis hinderlich. So erscheint denn wirklich der öffentliche Verkauf der zweckmäßigste zur Erlangung eines dem Werthe der Sache angemessenen Kaufpreises zu seyn. Diese Voraussetzung trifft indessen häufig nicht zu.

§. 45.

Wegen der in Rücksicht auf den Preis prekären Natur dieses Verkaufs.

Man sieht leicht ein, daß mit der allgemeinsten Bekanntwerdung des Verkaufsvorhabens allein noch keine Gewährschaft dafür gegeben ist, daß es wirklich Liebhaber zum kaufen gibt, und zwar mehrere; denn nur bei einer Mehrzahl von Liebhabern zu einem und demselben Gegenstande kann eine Steigerung Statt finden, und so ein Gleichgewicht zwischen Preis und Werth erzielt werden. Daß ein einziger Kauflustiger hier so viel als gar keiner ist, leuchtet von selbst ein. Indessen hängt das Erscheinen mehrerer Kauflustigen nicht von der Thätigkeit des verkaufenden Theils, auch nicht von der allgemeinsten Bekanntmachung ab, sondern von örtlichen und Zeitverhältnissen, ja von der Eigenschaft des zu verkaufenden Guts selbst, oder was man seine Verkäuflichkeit nennt. Diese Umstände können dem Verkaufe gün-

stig, aber auch sehr ungünstig seyn. Daher lehrt die Erfahrung, daß manche Gegenstände schon im ersten Bietungstermine vortheilhaft an den Mann gebracht werden, während auf andere bei noch so oft wiederhohlter Feilbietung oft nicht einmal ein Gebot gelegt wird, oder doch nur ein so unverhältnißmäßig geringes, daß der Zuschlag zum größten Nachtheil aller Betheiligten gereichen würde. Nun ist man zwar, wenn sich kein annehmlicher Kaufliebhaber findet, auch hier nicht genöthigt zu verkaufen, vielmehr kommt es auf den Entschluß der Betheiligten an, ob sie den Zuschlag geschehen lassen wollen oder nicht. Allein gewöhnlich trifft es sich, daß ein Theil derselben den Kaufpreis annehmlich findet, der andere aber nicht, je nachdem sie nämlich wegen ihres vorzüglichern Rechts auch aus einem mindern Erlöse befriedigt werden können, oder als minder privilegirt nur in einem höhern Preise das Mittel der gänzlichen Beseitigung oder doch Verminderung des Verlusts vor sich sehen. So entsteht denn die Frage, was der Widerspruch der letztern gegen den Willen der erstern wirkt. Unter den Betheiligten sind hier nur die Gläubiger verstanden; denn auf den Widerspruch des Schuldners kann es nur unter besondern Umständen ankommen, indem es bedenklich wäre, demjenigen ein Widerspruchsrecht einzuräumen, dessen Interesse fordert, daß überhaupt gar nicht verkauft werde. Da aber auch unter den widersprechenden Gläubigern jeder nur sein Interesse bedenkt, so muß das Gesetz bestimmen, wie es in einem solchen Falle der Meinungsverschiedenheit gehalten werden soll, damit nicht die rechtlich nicht zu billigende Willkühr des Einen dem Andern zum Nachtheile gereiche. Diese fürsorgliche Bestimmung soll also verhüten, soweit dieß mit Berücksichtigung aller Verhältnisse rechtlich thunlich ist, daß der A. und B. die bei dem Gebote auf ihre Forderung befriedigt werden können, darunter leiden müssen, daß der

C. und D. die doch beliebig auf mindere Sicherheit creditirt haben, auch bezahlt seyn möchten, und weil sie dieß nur bei einem durch weitere Feilbietung etwa zu erlangenden höhern Gebot erwarten können, selbst auf Gefahr des A. und B. ihre Speculationen geltend machen möchten, bei denen sie nichts wagen dürfen, und nur gewinnen können.

Aber auch der Schuldner, so wenig im übrigen sein Widerspruch gegen den Verkauf, folglich auch gegen den Zuschlag rechtlich wirksam seyn kann, scheint Berücksichtigung und den Schutz der Gesetze mit Recht anzusprechen, wenn es darauf ankommt, daß er sein Eigenthum um einen damit nicht in Verhältniß stehenden Preis mit dem Rücken ansehen soll.

§. 46.

Collision von Rücksichten für Gläubiger und Schuldner.

Es erhellet schon aus dem bisherigen, daß nicht leicht eine Rechtsmaterie ist, wo der positiven Gesetzgebung so viele einander widerstreitende Rücksichten des Rechts und der Billigkeit, der nothwendigen Strenge und der Humanität begegnen, als eben bei der gegenwärtigen. Hier sind Rücksichten für einen bedauernswürdigen Schuldner, dem man sein Besitzthum verkauft, und es dem Zufall überläßt, ob sich ein Käufer findet, der so viel bietet, als es werth ist, oder einen Spottpreis, um den gleichwohl dasselbe losgeschlagen wird, weil etwa auch daraus der auf Execution andringende Gläubiger befriedigt werden kann, und dann wiederum Rücksichten für den Gläubiger, welchem zu dem Seinigen verholfen werden soll, was vielleicht nie möglich zu machen wäre, wenn man sich durch die Unbequemlichkeit, ja selbst Nachtheile bestimmen ließe, die freilich für den Schuldner aus der gehinderten Freiheit nach Gelegenheit

zu verkaufen und den günstigen Zeitpunkt abzuwarten, allerdings entstehen können. Ferner kommt es hier auf Rücksichten an für die Erhaltung des öffentlichen Credits, insbesondere des Grundeigenthums, welche gebieterisch fordern, daß dem Gläubiger die wirksame Rechtshülfe für seine Forderung nicht entstehe, eine Rücksicht, wodurch, wenn sie gehörig beachtet wird, die aus der Strenge für den schuldenden Grundeigenthümer selbst auf der einen Seite erwachsenden Nachtheile, auf der andern wieder sehr vermindert, ja wohl gar aufgewogen werden. Denn wenn ihm von dem gegenwärtigen Gläubiger nicht länger Credit gegeben werden kann, so findet er diesen wiederum bei einem Andern, oder er ist vielleicht nicht einmal der Nothwendigkeit ausgesetzt, selbst einen neuen Darleiher zu suchen, da das Schuldpapier in des Inhabers Hand eben durch den beförderten Credit zur leicht veräusserlichen Waare wird. Auf jeden Fall kommt es gewiß weit seltener zum Verkaufe des zur Sicherheit dienenden Unterpfands. Nur wenn dem Gläubiger keine Hülfe widerfährt, er vielmehr um seine Befriedigung lange Prozesse führen muß, verschließt er seinen Kasten, oder sucht auf andere Weise sein Geld sich nutzbar zu machen. Endlich kommt hiezu noch die besondere Rücksicht, daß nach der Erfahrung die wiederhohlten Subhastationen gewöhnlich ihren Zweck verfehlen, weil bei zu oftmaligen Wiederhohlungen die alten Kaufliebhaber ausbleiben, indem sie die Lust verlieren, sich aufs ungewisse hinhalten zu lassen, neue Licitanten aber nicht erscheinen. Denn eben die öftere Ausbietung zum Kauf ist gerade am wenigsten geeignet, für den Werth des subhastirten Gegenstandes eine günstige Vorstellung zu erregen. Auch ist es gerade nicht immer ein unbilliges Vorurtheil, wenn man den Gerichten, was Worthalten rücksichtlich des versprochenen Zuschlags an den Meistbietenden betrifft, nicht viel zutraut.

§. 47.

Uebergewicht der Rücksichten für den Gläubiger.

Bei diesen verschiedenen sich kreuzenden Rücksichten ist es allerdings eine schwierige Aufgabe, die rechte Mittelstraße zu finden. Indessen liegt die Betrachtung sehr nahe, daß man dem Schuldner nicht leicht durch Schonung wohl thun kann, ohne dem Gläubiger durch verzögerte Rechtshülfe und gezwungene Nachsicht wehe zu thun, daß aber, wenn dem Gläubiger wehe geschieht, ihm und seines Gleichen die Lust zum Creditgeben überhaupt verleidet wird. Auch lehrt die Erfahrung, daß viele Schuldner durch Nachsicht nur sorglos werden. Ueberdieß beachtet man häufig zu wenig, daß wenn Unglücksfälle den Schuldner an der Zahlung hindern, selbige, wenn auch nicht selbst verschuldet, wovon doch oft auch das Gegentheil schwer zu beweisen seyn dürfte, doch ein Zufall in seiner Person sind. Darunter sollte aber eigentlich nur er leiden, nicht ein Dritter, der durch die erzwungene Nachsicht oft selbst in Verlegenheit, ja in die Nothwendigkeit versetzt werden kann, gegen seine Gläubiger, sowie dann diese wieder gegen die ihrigen und so fort und fort ebenfalls mit diesen Einreden sich zu schützen. Denn das ist eben die Folge des Abweichens von der geraden Bahn des Rechts aus unzeitiger Humanität, oder was ein großer Theil der Menschen Billigkeit nennt, — daß nämlich gewöhnlich Mehrere dabei leiden und daß, während durch Strenge nur Einem wehe geschieht, durch Nachsicht, die in ihrer Willkühr oft gar keine Grenzen mehr kennt, ein Zustand von Rechtlosigkeit herbeigeführt wird, der eine Stockung im Verkehre durch mehrere Glieder der bürgerlichen Gesellschaft zur Folge hat *z*).

---

z) Solutione impedita fides concidit. Non enim possunt una in civitate multi rem atque fortunas amittere, ut non plu-

§. 48.

Fortsetzung. Einseitigkeit in Würdigung der Unglücksfälle eines Schuldners.

Es ist so eben gesagt worden, wie Unglücksfälle einen Schuldner zahlungsunfähig machen können, wie es aber oft auch schwer halten dürfte, zu beweisen, daß sie von seiner Seite ganz unverschuldet seyen, und daß man also hier sehr leicht zu einer schädlichen Einseitigkeit im Urtheile seiner Würdigkeit sich verführen lassen kann. Da diese Betrachtung für Gesetzgeber und Richter wichtig und insonderheit auf die Frage: wo ein Indult-Gesuch, überhaupt Schonung eines Schuldners rechtlich und billig zulässig ist, von dem wesentlichsten Einfluß ist, so soll dieser Gegenstand noch durch einige Beispiele aus dem Leben beleuchtet werden.

Nicht immer ist der in Vermögensverfall und Zahlungsunfähigkeit gerathene Schuldner, wenn er auch unabwendbare Ereignisse scheinbar für sich anzuführen im Stande ist, an seinem Unglücke unschuldig; ja man darf beinahe behaupten, daß die Zahl der eigentlich unverschuldet ins Abwesen gerathenen und so des Mitleids ihrer Gläubiger würdigen Schuldner sehr klein sey, so klein vielleicht als die Zahl derer, denen durch Nachsicht ihrer Gläubiger dauernd wieder aufgeholfen wird. Wer möchte es unter andern für ein bloßes Unglück ansehen, woran der Schuldner unschuldig ist, wenn er z. B. im vorigen Jahre, wo ihm die Bezahlung seiner Kapitalzinsen bloß unbequem war, selbige unberichtigt ließ, und nun heuer, wo er durch Hagelschlag wirklich ausser Stande ist, Zahlung zu leisten, zwei Jahrgänge zusammen kommen?

---

res secum in eandem calamitatem trahant. Cic. pro lege Man. c. VII.

— des so praktischen Falles, daß mancher Schuldner sich von jeher auch unter bessern Umständen als einen nachlässigen Zinszahler bewiesen und seinen Gläubiger ungeduldig gemacht hat, nicht zu gedenken. Es gehört in der That zu den Ausnahmen, daß einem ordentlichen Zinszahler das Kapital, um es anderwärts besser anzulegen, aufgekündigt wird, weil es nicht gerade allen Forderungen der hypothekarischen Sicherheit entspricht. Auch die Kapitalisten sehen noch die Person an, und Treu und Glauben auf die Ehrlichkeit des Schuldners sind gottlob noch nicht verschwunden. Wie leicht kann also durch ein zuweitgetriebenes Mitleiden mit dem Schuldner, der zwar jetzt in Noth ist, aber durch eigene Schuld, dem Gläubiger wehe geschehen, ohne daß, was hauptsächlich zu erwägen ist, jenem wesentlich geholfen wird! Denn die Erfahrung lehrt, daß ein so herabgekommmener Schuldner selten mehr emporkommt, da es ihm physisch und moralisch an Kräften fehlt.

Manche Unfälle anderer Art kommen, wenn auch nicht unmittelbar, doch mittelbar auf Rechnung des Zuthuns des Schuldners selbst. Er soll z. B. das vor wenigen Jahren für 10,000 fl. gekaufte Gut für 6000 fl. verkaufen lassen, weil niemand mehr bieten will. Man nennt es — und freilich in seiner Art nicht ohne Grund — ein Unglück, daß er 4000 fl. daran verliert, gibt den Zeitläuften die Schuld und glaubt, daß wenn diese sich besserten, wohl ein mehreres erlöst werden möchte. Allein er hatte nach dem Urtheile Sachverständiger einen unüberlegten Kauf gemacht, schon unter den günstigern Umständen für den Güterwerth viel zu theuer gekauft. Soll man etwa warten, bis sich wieder ein so unbesonnener Käufer findet und den Schuldner mit seinen schlecht versicherten Gläubigern aus der Verlegenheit zieht? — Ein anderer mit schweren Schulden beladener Besitzer, dem

es überdieß an Verstand und Willen zu einer nutzbaren Wirthschaftsführung fehlt, sollte vor zwei Jahren nach dem Rathe seiner Verwandten seinen Hof seinem Sohn abtreten, der eine vortheilhafte Heirath zu machen und so einen beträchtlichen Theil der Schulden zu zahlen Gelegenheit gefunden, von dem sich auch sonst eine zweckmäßige Wirthschaftsführung und Hoffnung zum Fortkommen versprechen ließ. Der Vater wäre durch einen seinen Unterhalt sichernden Altentheil für die Zukunft aller Sorgen überhoben gewesen, und die dann noch unbezahlten Schulden wären nach und nach vermindert worden. Allein aus Eigensinn wollte der Alte sein Anwesen nicht aufgeben, hinderte dadurch nicht nur das Fortkommen seines Sohns, sondern weil die Umstände mittlerweile von innen und aussen sich verschlimmerten, so kommt es nun zum Zwangsverkauf der Besitzung, weil die Gläubiger auf ihre Bezahlung dringen. Ist es ein bloßes Mißgeschick, und verdient der einfältige Mann Mitleiden, wenn jetzt nicht soviel gelöst wird, daß nach Bezahlung seiner Schulden noch etwas übrig bleibt, und wenn er nun mit leerer Hand abziehen muß? — Wieder ein Anderer hat das unverschuldete Unglück gehabt, daß ihm seine Gutsgebäude abgebrannt sind. Sie kosten 4000 fl. wieder aufzubauen, er ist aber nur für 2000 fl. in der Feuer-Societät eingeschrieben; wer wird nun die übrigen 2000 fl. hergeben, da er schon tief in Schulden steckt und wer ist Schuld an dem Unglücke, wenigstens in seinen Folgen, als er der Besitzer selbst, da er sich nicht höher hat assekuriren lassen.

In diesen und ähnlichen Fällen, die man mit Beispielen unter mancherlei Gestalten vermehren könnte, betrachtet man gewöhnlich nur das Schicksal des unglücklichen Schuldners, weil es zunächst vor Augen liegt, spricht nur von dem beklagenswürdigen Loose des von seinen Gläubigern gedrängten Grundbesitzers; aber man

sollte doch auch das Schicksal der Gläubiger betrachten, und statt sich unter diesen bloß Kapitalisten mit dem Nebenbegriffe von Reichthum und noch gehässigern Attributen zu denken, sollte man erwägen, daß unter den Gläubigern vielleicht mancher ist, dessen letzte Habe auf dem Spiele steht und der aus Gutmüthigkeit dem Schuldner in der Noth mit seinem Gelde geholfen hat.

§. 49.

Strenge gegen säumige Zinszahler, — ein Creditbeförderungsmittel.

Schließlich noch einiges über die Strenge der Execution auf Kapitalzinsen, deren unbedingte Anwendung nicht bloß eine Forderung der Gerechtigkeit, und sofern als mancher Gläubiger von seinen Kapitalzinsen leben muß, auch der Menschlichkeit ist, sondern auch für ein wesentliches Creditbeförderungs-Mittel gelten kann.

Nachsicht, ja selbst Zögerung bei der executiven Beitreibung eines Kapitals kann oft durch die Umstände gerechtfertigt erscheinen. Dadurch wird auch dem Credit gerade so sehr nicht geschadet. Denn wenn das Kapital nur sicher steht, so wird dem Gläubiger, wenigstens in den meisten Fällen, so viel nicht daran liegen, ob er desselben etwas eher oder später habhaft wird. Aber zweckwidrig und verderblich, ja allen Credit zerstörend ist die Nachsicht gegen den Zinsschuldner, weil sie 1) der Trägheit und dem Leichtsinne des Schuldners Nahrung gibt, dem es wohl nur ausnahmsweise nicht als Mangel an ernstlichem guten Willen zuzurechnen ist, wenn er seinen Jahrszins unberichtigt läßt. 2) weil diese Nachsicht die Umstände des Schuldners verschlimmert, indem die Schuldigkeit mit jedem neuen Zahlungstermine wächst; 3) weil sie jeden Creditgeber abschreckt, da niemand Lust hat, alle Jahre seine Zinsen bei Gericht

einzuklagen. Weiß aber der Schuldner einmal nicht anders, als daß, wenn er nicht zahlt, eine unerbittliche Execution ihn trifft, so macht er schon Mittel a). — Ist dagegen der Mann ein ordentlicher Zinszahler, so darf ihm selbst vor der Zurückziehung des Kapitals, besonders da, wo es sicher steht, nicht bange seyn. Dem Kapitalisten ist auch nicht damit gedient, sein Kapital todt liegen zu haben oder es ohne Noth in andere Hände zu geben. Braucht er aber sein Kapital für andere Zwecke als der Zinsrente wegen, muß er nach der Sprache des gewöhnlichen Lebens sein Geld selbst haben; so findet er, wie vorhin schon bemerkt worden, leicht einen Käufer dieser Activforderung, und wenn auch er darauf sich nicht einlassen will, so findet der Schuldner wohl einen Andern, der ihm mit dem nöthigen Tilgungsfond an die Hand geht. Nur die Nachlässigkeit der Schuldner in Entrichtung der Zinsen und die Schläfrigkeit der Justiz, da wo es auf Zwang gegen diese Schuldner ankommt, hat zu jeder Zeit dem Privatcredit geschadet und die Geldbesitzer veranlaßt, andere Gelegenheiten zur nutzbaren Anwendung ihrer Fonds zu suchen, ja selbst gegen die Warnung Sirachs: traue keinem Größern als du bist! lieber dem Staat als Privatpersonen ihr Geld anzuvertrauen.

---

a) Zweckmäßig erscheint daher allerdings die Bestimmung des bayer. Hyp. Gesetzes vom 1. Junius 1822. §. 52. wornach auf die gehörig dokumentirte Klage des Hypothekgläubigers wegen eines Zinsrückstands der letzten zwei Jahre sofort ein Zahlungsbefehl, mit Anberaumung einer achttägigen Frist erlassen und der Schuldner mit keiner Einrede, die er nicht auf der Stelle mit Urkunden beweisen kann, gehört, vielmehr nach Ablauf der Zahlungsfrist, ohne daß ein Rechtsmittel Statt findet, mit der Execution verfahren wird. Dem Schuldner bleibt wegen der nicht sofort vorstehendermassen liquid zu machenden Einreden nur die Rechtsverfolgung in separato vorbehalten.

Zweites Kapitel.

Das gemeinrechtliche Verfahren in der Execution.

§. 50.

Aelteres deutsches Recht.

Von den Mitteln, welche unsere Vorfahren bei der Vollstreckung der Execution anwendeten, war vorhin (§. 42.) die Rede. Jetzt soll das Verfahren bei der Hülfsvollstreckung kürzlich angegeben werden. Es wird sich aber hiebei auf den Zeitraum beschränkt, welcher dem, durch die Bekanntwerdung mit dem römischen und canonischen Recht allmählig herbeigeführten, und hauptsächlich im 15. Jahrhundert sichtbar gewordenen Untergange des altdeutschen Gerichtsverfahrens unmittelbar theils vorherging, theils folgte. In den letzten Jahrhunderten vor dieser Periode wurde im ganzen, obschon mit manchen lokalen Abweichungen folgendes Verfahren beobachtet *b*).

I. Wenn eine Obligation Gegenstand des verfolgten Rechts war, und der Schuldner den richterlichen Zahlungsbefehl binnen einer kurzen Frist (ordentlicher Weise von 14 Tagen) nicht befolgte, so wurde zur Pfändung

A. der beweglichen Habe geschritten, und nach Ablauf einer weitern geräumigern Frist (von sechs Wochen), wenn in dieser Zeit die Befriedigung des Klägers nicht erfolgte, das Pfand entweder versetzt oder verkauft. Der Mehrerlös fiel dem Schuldner zu; im Fall

---

b) Kopp von den geistl. und Civil-Gerichten in Hessencassel. I. Bd. §. 406 ff.

Maurer Geschichte des altgermanischen Gerichtsverfahrens. §. 165 ff.

eines Mindererlöses wurde zur weitern Pfändung geschritten *c*).

War der Kläger kein Einheimischer, sondern ein Gast oder Fremder, so waren die Fristen kürzer; es wurde auch wohl das Erkenntniß schon an demselben Tage vollstreckt.

Waren Moventien oder s. g. essende Pfänder Gegenstand der Pfändung, so brauchte man diese nur über Nacht zu behalten und konnte sie schon des andern Tags öffentlich verkaufen; man mußte aber dem Eigenthümer den Preis und den Käufer bekannt machen, damit er sie einlösen konnte, wozu ihm eine 14tägige Frist verstattet war, während welcher der Käufer selbige ohne sie zur Arbeit gebrauchen zu dürfen, auf allenfallsigen Wiederersatz des Aufwands, mit Unterhalt und Fütterung versehen mußte *d*).

---

c) "Klagt man umb Schuld, — man sol ihn (den Beklagten) vorgebieten von Gerichtshalber, daß er zum nechsten Ding sich der Schuld mit Recht entrede, oder bezahl in vierzehn Tagen. Thut er das nicht, man sol ihn davor pfenden, und das Pfand sol man zu borgen bieten, und thun dreymal, je über 14. Tag, ob man es anders zu borgen begeret. Begeret man es aber zu borgen nicht, man sol es doch halten sechs Wochen unverthon. Entredet jener dann die Schuld darinnen auch nicht, darnach mag er sie nicht entreden: Es benehm es ihm dann ehrhaffte Noth. So sol man dann das Pfand versetzen für die Schuld, oder verkauffen, ob man es davor nicht versetzen mag. Was es dann mehr gilt, das sol man ihm wiedergeben. Gebricht aber ichts daran, man sol ihn wieder pfenden, alsolang biß jener sein Geld hab." Sachsen-Spiegel B. I. Art. 70.

d) Kopp a. a. O. S. 493.

§. 51.

Bei Immobilien insonderheit.

B. War das unbewegliche Vermögen auf den Grund eines dem Gläubiger daran zustehenden Pfandrechts oder auch ohne dieses wegen Mangels an beweglicher Habe als Executionsgegenstand anzugreifen, so wurde zur gerichtlichen Pfändung geschritten, und zwar, wie es die Natur des Gegenstandes mit sich brachte, durch Nehmung symbolischer Zeichen. Dadurch wurde dem Kläger, er mochte nun für seine Forderung schon ein gewillkührtes Pfandrecht besitzen oder nicht, ein gerichtliches Pfand zu Theil. Diese gerichtliche Pfandbestellung, welche da, wo schon ein Vertragspfand bestund, nach römischen Rechtsbegriffen inconsequent erscheint, war nach deutschem Recht weder eine bloße Ceremonie, noch weniger etwas Ungereimtes, vielmehr ein nothwendiges Mittel zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers. Sie hat ihren Grund in der Vorstellung von der Nothwendigkeit der gerichtlich bestätigenden Autorität bei der Veräusserung von Immobilien. Es war bei unsern Vorfahren den Landeigenthümern nicht erlaubt, ihr Grundeigenthum eigenmächtig zu verkaufen, zu veräussern, oder nach Willkühr mit Schulden oder Lasten zu beschweren, sondern es war hiezu die Einwilligung der Gerichtsobrigkeit nothwendig, weil die Vertheidigung des Staats auf das Landeigenthum gegründet war, und dieses gewissermassen als der einzige öffentliche Fond der bürgerlichen Gesellschaft angesehen wurde, wovon jeder Unterthan seinen Antheil zu getreuen Händen erhielt e). Sowie nun schon die Pfandbestellung in ein unbewegliches Gut (welche gewöhnlich in der Form einer wiederkäuf-

---

e) Mösers patr. Phant. IV. nro. 56.

käuflichen Ueberlassung oder eines Rentenkaufs geschah, da man noch keine Hypotheken im heutigen Sinne kannte) der gerichtlichen Confirmation bedurfte, so war dieß noch mehr der Fall bei einem Act, der unmittelbar die Entziehung des Eigenthums nach einem kurzen Zeitverlaufe zur Folge hatte. Die Einweisung des Gläubigers in die Were oder Gewehre (Besitz) des Executionsgegenstandes hatte nämlich zur Folge, daß, wenn die Zahlung nicht erfolgte, also das Pfand nicht gelöset wurde, das Eigenthum der Sache zum Besten des Gläubigers aufgelassen *f*) werden mußte. Es mußte aber nach deutschem Recht Eigen (unbewegliches Gut) im echten Ding (im ordentlichen Gerichte) von dem Veräusserer durch die Erklärung, das Eigenthum übertragen zu wollen, aufgelassen, und mittelst symbolischer Tradition empfangen werden g). Sollte daher das Pfand an einer unbeweglichen Sache Eigenthum des Gläubigers werden, so war hierzu entweder die ausdrückliche Erklärung des Schuldners vor Gericht oder ein durch richterlichen Einsatz förmlich erworbener Besitz erforderlich, welch letzterer zwar dem Gläubiger nicht sofort, wohl aber auf den Grund eines einjährigen extinguirenden Besitzes das Eigenthum gewährte, wovon sogleich die Rede seyn wird.

Die gerichtliche Besitzeinweisung geschah durch verschiedene bildliche Zeichen: Aufsteckung eines Kreuzes an der Wohnung des Schuldners, Ausschneidung eines Spans, Anfassung des Rings an der Hausthüre (alles

f) Ein Gut auflassen = resignare dominium fundi novo possessori tradendum. Haltaus sub h. v.

g) Eichhorns R. G. II. §. 355. 358.
Mittermaiers Grunds. des deutschen Privatrechts §. 180.

im Beiseyn des Gerichts oder seines Abgeordneten), ferner bei Grundstücken mittelst Ausstechung eines Wasens oder einer Erdscholle ꝛc. Daher die, besonders süddeutschrechtliche Redensart: "mit Span- und Wasenschnitt angreifen" so viel bedeutet als: mit der Execution in die Immobilien verfahren *h*).

Hatte der Gläubiger, auf die somit erhaltene Einweisung in den Besitz, das verpfändete Gut Jahr und Tag ruhig besessen, ohne daß der Schuldner auf vorgängige Aufforderung durch Bezahlung der Schuld das Pfand einlöste, so konnte er seinen Besitz (die rechte Were), falls ihm deßhalb Zweifel erregt wurden, oder der nochmals vorgeladene Beklagte ungehorsam ausblieb, unter Vorlegung seines Pfandzeichens mittelst Eides erhärten. Die Folge war, daß er nun kraft der deutschrechtlichen erlöschenden Verjährung von Jahr und Tag *i*),

---

h) Nach bayerischem Recht war die Pfändung durch Span- und Wasenschnitt laut der Gantprozeßordnung de 1616. Tit. 3. Art. 2. von Alters her nur bei Personen geringern Standes üblich; dagegen, weil diese Ceremonie für eine Art von Schimpf gehalten wurde, (C. de Schmid in comment. ad h. l.) "bei Personen von der Ritterschaft, fürstlichen Räthen, Doctoren, Licenciaten, fürtrefflichen Officieren (vornehmen Hofbedienten) und alten Geschlechtern" nicht im Gebrauche. Diesen wurde vielmehr der Gantproceß bloß angekündigt und dann ohne jenen vorbereitenden Act der symbolischen Besitzergreifung, mit den Gütern der genannten Eximirten wie mit denen der Personen geringerer Stände verfahren.

i) C. G. Riccii specim. juris germ. quo praescriptio Germ. vetus et hodierna illustr. Norimb. 1738. 4.

T. G. G. Emminghaus comm. in jus Susat. Francof. et Lips. 1755. pag. 124.

Eichhorn II. §. 356.

welche die Befugniß des Schuldners oder jedes sonstigen Ansprechers, den Uebergang des Eigenthums anzufechten, ausschloß, die Einsetzung in den eigenthümlichen Besitz der verpfändeten Sache fordern konnte. Dieß hob jedoch die Verbindlichkeit zur Herausgabe des Ueberschusses über die Forderung natürlich nicht auf *k*).

§. 52.

Bei Vindicationen.

II. Bei Vindicationen unbeweglicher Güter wurde dem Kläger nach erledigtem Contradictorium durch rechtskräftiges Erkenntniß das zuerkannte Immobile mit gewissen Feierlichkeiten übergeben, wo er dann natürlich nicht erst nach Jahr und Tag, sondern kraft des richterlichen Erkenntnisses sofort Eigenthümer wurde. Dagegen ging in Contumacialfällen wieder erst nach Jahr und Tag das Eigenthum des zuerkannten Gutes auf den Kläger über. Denn so lange dauerte die Befugniß des Beklagten zur Anfechtung der Ueberlassung *l*).

Die wirkliche Eigenthumsüberlassung erfolgte in diesem, sowie in dem Fall der Ueberlassung an den Gläubiger (§. 51.) unter manchen Feierlichkeiten, unter andern dadurch, daß der Gläubiger "mit Kissen und Stuhl

---

k) Kopp §. 421. a. E.

l) Hat ein Mann geklaget auf Gut zu dreyen Dingen, man sol ihn darein weisen und sol es ihn geweldigen. Da mag ihn dann niemand wieder ausweisen, er thue es dann mit rechter Klag. Die Einweisung mag aber der Mann, des das Gut war, entreden auf den Heiligen binnen der Jahr-Zahl. Muß aber das Gut zu Hand vertreten, zu den nächsten dreyen Dingen, ob man darauf klaget. Sachsen-Spiegel a. a. O.

in das Haus oder Gut gesetzt wurde." Diese Ceremonie, welche hie und da auch bei der ersten Besitzeinsetzung üblich war, so wie dagegen die andern symbolischen Zeichen auch bei der zweiten Immission gebraucht wurden, geschah dadurch, daß der Richter mit den Schöppen und dem Gerichtsfrohn in das Haus oder Gut ging und einen Stuhl mit drei Beinen mit sich nahm, worauf er den Kläger dreimal niedersetzte, und ihn damit das Immobile erblich gewährte (gewehrte), welches die Folge hatte, daß dem Kläger über das Haus oder Gut Friede gewirkt wurde unter des Kaisers oder Landesherrn Bann *m)*.

§. 53.

Späteres Verfahren.

Von der Zeit der Reception der fremden Rechte an nahm das Executionswesen eine diesen mehr angemessene Gestalt an. So wurde namentlich in Kursachsen der Erklärung des Schuldners, daß er den Gläubiger pro immisso annehme, und der darauf erfolgten Eintragung in das Consens- oder Hypothekenbuch zur Ersparung der Kosten die Wirkung der Realimmission eingeräumt *n)*. Auf der andern Seite wurde, gleichwohl noch im Geiste der ältern deutschen Procedur, nach älterem bayerischen Recht *o)* (was selbst die neuere Gesetzgebung beibehalten hat *p)*) bestimmt, daß auch der Hypothekgläubiger zuerst die Immission in vim executionis durch einen actum realem erlangen müsse, wobei die symbolische Handlung

---

m) Kopp a. a. O. §. 421. sq.

n) Schaumburg princ. prax. jurid. Tom. I. lib. 1. Sect. 1. membr. 4. §. 21.

o) Gantprozeß-Ordn. de 1616. Tit. III. Art. 1.

p) Prozeß-Ordn. de 1753. Cap. 18. §. 6. Cap. 19. §. 17.

der Besitzergreifung zur Anwendung kam, und darauf erst zur Veräusserung des Gegenstands des Unterpfands geschritten wurde. Mit den Grundsätzen des römischen Rechts, dem sich nun auch die Partikular-Gesetzgebungen fügten, war die ältere deutschrechtliche Verfahrungsart unverträglich. Es hatte daher das Executions-Verfahren gegen einen Schuldner, dessen Güter zur Befriedigung seiner Gläubiger hinreichten, jetzt ganz das römische Recht zu seiner Grundlage und das Eigenthümliche der Gerichtsordnungen bestand eigentlich bloß in den Fristen, die sie dabei bewilligten und in den Formen der Procedur beim Verkauf der Grundstücke, welche immer dem alten Gantverfahren nachgebildet war *q*). Was insonderheit die Ueberlassung des gepfändeten oder verpfändeten Guts an den Gläubiger zu seiner Befriedigung aus der Substanz betrifft, so nahm dieselbe allmählig mehr das Ansehen einer subsidiären datio in solutum an, zu welcher erst dann geschritten wurde, wenn das Gut im Wege des dem Gläubiger überlassenen Verkaufs oder der öffentlichen gerichtlichen Vergantung nicht an den Mann zu bringen war. Diese Maßregel machte denn auch das Abwarten der mit dem Eindringen des römischen Rechts immer mehr ausser Uebung gekommenen deutschrechtlichen einjährigen Verjährung entbehrlich. Daher bestimmte schon das ältere bayerische Landrecht Tit. 15. Art. 13. "Antwortet man einem ligend Guet mit Gericht zu Pfand, (pignoris capio judicati exequendi causa) das aigen ist, daß soll er behalten vierzehen Tag, und soll es jenem anbieten, Lößt er es dann nit, so soll ers, wo müglich, ausser der Gandt, ohn alles gevährde, doch mit Willen des Schuldners, oder Richters verkauffen. Kan er aber keinen Kaufmann darzu finden, so soll ers auf maß, und weg, wie in dem Gandt-Pro-

q) Eichhorn R. G. IV. §. 576.

zeß, von versetzten Pfanden mehrers geordnet, offentlich vergandten, und da es auff der Gandt nicht würdet verkaufft, dem Kläger, welchem das Pfand mit Gerichts Hand eingeantwortet ist, umb sein Forderung eingehändigt werden."

Eben so ist nach dem (im Jahr 1610 erneuerten) Würtembergischen Landrecht (Thl. I. Tit. 75.) bestimmt, daß I. bei Personal-Klagen die obsiegende Partei, wenn sie aus der fahrenden Habe nicht befriedigt werden kann, ihr Erecutionsgesuch auch auf die liegenden Gründe zu richten berechtigt ist, wobei, wie bei Realschulden verfahren wird. II. Bei diesen wird nämlich, sofern nichts anderes im Pfandvertrag bedungen worden, dem Schuldner die von dem Gläubiger beabsichtigte Veräusserung des Pfands von demselben dreimal von 10 zu 10 Tagen zur Einlösung denunciirt, und nach Ablauf der dritten Frist ist dem Gläubiger verstattet, das Pfand so hoch er kann, urkundlich zu verkaufen und sich aus dem Erlöse bezahlt zu machen, vorbehältlich der Herausgabe des Ueberschusses an den Schuldner und seiner Ansprüche an das übrige Vermögen desselben im Fall eines Mindererlöses gegen die Forderung. Findet der Gläubiger keinen annehmlichen Käufer, so folgt die öffentliche Feilbietung an dreien Sonntagen nach der Morgenpredigt auf öffentlichem Platz, und wenn sich bei der dritten Ausrufung kein Bietungslustiger findet, nach vorgängiger Schätzung, der Zuschlag an den Gläubiger um die Schätzung mit dem oben bemerkten Vorbehalt rücksichtlich des Mehr- oder Minderbetrags des Tarwerths gegen die Schuld und vorbehältlich der Rechte der vorzüglichern Gläubiger. Der Schuldner hat aber in diesem Falle des Zuschlags an den Gläubiger binnen Jahresfrist das Wiedereinlösungsrecht.

Nach der Nürnberg. erneuerten Reformation vom Jahr 1564. Tit. II. Gesetz 2. und 3. wird nach vorgenommener symbolischer Pfändung dem Schuldner eine Frist von 14 Tagen bei städtischen und 4 Wochen bei ländlichen Besitzungen zur Einlösung gestattet, nach deren Ablauf aber das Gut geschätzt und den geschwornen Gerichtskäufeln aufgetragen, sich nach einem Käufer umzusehen; dem Schuldner aber wird zur Einlösung des Pfands und Bezahlung der Kosten abermals eine Frist von 14 Tagen gestattet. Ist auch diese Frist verstrichen, so erfolgt die öffentliche Vergantung. Findet sich kein Käufer, es will auch der etwaige Erbzinsherr von dem Einlösungsrecht keinen Gebrauch machen, so wird das Gut dem Gläubiger um die Taxe überlassen.

§. 54.

Uebersicht der im Laufe der Zeit wechselnden Rechtsansichten.

Fassen wir das bisher (§. 50 sqq.) Gesagte in eine kurze Uebersicht zusammen, so finden wir, daß sich die Rechtsansichten in der Materie von der Distraction der unbeweglichen Pfänder nach drei Perioden sehr merklich verändert haben.

1) Anfänglich geschah die Hülfsvollstreckung vorzugsweise durch Ueberlassung der freiwillig verpfändeten oder von dem Richter zum Pfand bestellten unbeweglichen Sache, wenn deren Einlösung von dem Schuldner nicht erfolgte, an den Gläubiger, um zu seiner Befriedigung zu dienen. Der Verkauf an einen Dritten und die Sorge für die möglichste Concurrenz der Käufer war lediglich Sache des Schuldners, dem es oblag, die Mittel zur Befriedigung des Gläubigers, wie, und so gut immer er wollte, herbeizuschaffen. Denn er mußte das Pfand einlösen, wenn er sich das Eigenthum desselben erhalten und die Uebereignung an den Gläubiger nicht ge-

schehen lassen wollte. Dazu war ihm die Frist zur Befriedigung des Gläubigers auf ein ganzes Jahr ausreichend lange bestimmt. Hier war denn auch ein Wiedereinlösungs=Recht des Schuldners überflüssig und mit dem System des Verfahrens ohnehin ganz unverträglich.

2) Später trat das umgewandte Verhältniß ein: Verkauf an einen Dritten war die Regel, und es lag dem Pfandgläubiger als verkaufenden Theil ob, für den Verkauf unter den bestmöglichen Bedingungen zu sorgen. Konnte er mit dem Schuldner deßhalb nicht übereinkommen, so geschah der Verkauf unter öffentlicher Autorität, entweder unter der Hand durch Mittelspersonen (Gerichtskäufel) oder im Wege der öffentlichen Feilbietung an den Meistbietenden. Der Zuschlag an den Gläubiger selbst trat nur aushülfsweise ein; der Gläubiger mußte sich aber zur Uebernahme um die alsdann (so wie überhaupt in dem Fall, wo nicht durch Licitation eine Stellvertretung für die Taxe eintrat) zu verfügende Schätzung bequemen, wollte er überhaupt nicht geschehen lassen, daß die Execution vereitelt würde. Gegen Verkürzungen des Schuldners diente das Wiedereinlösungsrecht.

3) Heut zu Tage sucht man, wie in der Folge umständlicher bemerkt werden wird, in der höchst möglichen Beförderung der Kaufs=Concurrenz das Mittel, Läsionen von Gläubiger und Schuldner abzuwenden. Ein Zuschlag in solutum an den Gläubiger findet nur unter gewissen Modificationen Statt. Dagegen überzeugt man sich immer mehr von der Unzweckmäßigkeit der Zulassung eines Reluitionsrechts für den Schuldner, da dieses unter andern gerade dazu führt, das wesentlichste Beförderungsmittel eines vortheilhaften Verkaufs: die Concurrenz der Kauflustigen zu schwächen.

§. 55.

Heutiges gemeines Recht.

a. überhaupt.

Der Antrag auf Vollstreckung der Hülfe erfolgt von demjenigen, zu dessen Besten von dem Verpflichteten etwas geschehen oder unterlassen werden soll, mit Bemerkung der Art und Weise, wie nun mit Zwang gegen den Widerspenstigen von dem Richter verfahren werden solle. Dieser Antrag setzt voraus 1) daß die Schuldigkeit rechtskräftig feststehe, 2) daß die bestimmte Frist, in welcher derselben zu genügen, fruchtlos abgelaufen, und er kann nur 3) gegen den bisherigen Gegner in dem Rechtsstreite oder dessen unzweifelhafte Erben gerichtet werden. Soll ein Dritter auf Erfüllung des Urtheils in Anspruch genommen werden, so muß aus dem rechtskräftigen Urtheile gegen ihn erst geklagt werden. Ferner muß 4) die Art und der Betrag der Schuldigkeit in dem Executions-Anrufen ausgedruckt werden. Ist also von Bezahlung einer Geldschuld die Rede, so muß der Hauptstock, der Anfang der etwaigen Zinsen und die allenfallsigen Kosten, deren Erstattung gefordert wird, bestimmt angegeben und berechnet, und das Illiquide vom Liquiden genau getrennt werden, weil sich der Executionssucher ausserdem selbst schadet und um die Vortheile der bereiten Execution bringt. Zugleich erfolgt 5) der Antrag, wie nach Vorschrift der Executions-Ordnung und nach Beschaffenheit des zu realisirenden Rechts (ob es nämlich ein persönliches oder ein dingliches, sofort durch Angriff der Immobilien mit Uebergehung aller Zwischengrade geltend zu machendes Recht ist) die Hülfe zu vollstrecken: also bei Geldschulden durch Einlegung des Executors, falls etwa bloß beharrlicher Ungehorsam des Schuldners bei sonst hinlänglichen Mitteln Ursache der nicht erfolgten Zahlung ist, und dieses Mittel schleu-

niger als die Auspfändung den Zweck herbei zu führen verspricht; ferner durch Auspfändung der Mobilien, Beschlagnehmung der Immobilien, so wie der Activforderungen. Auf diesen Executions-Antrag wird 6) unter dessen Mittheilung dem Schuldner noch eine endliche Frist zur Parition, mit ausdrücklicher Androhung der Hülfsvollstreckung, durch den Richter anberaumt, nach deren vergeblichem Ablauf aber 7) mit der wirklichen Vollstreckung auf weiteres Anrufen des Gläubigers verfahren, wobei dem Executionssucher erforderlichen Falls auferlegt wird, ein Executions-Object in Vorschlag zu bringen, und dieser von dem Schuldner, nach Umständen den Manifestations-Eid fordern kann *r*).

Soviel über die Execution im allgemeinen. Hier verweilen wir nur bei der Hülfsvollstreckung in die Immobilien.

§. 56.

b. bei Immobilien insonderheit.

Nach dem römischen, vielmehr gegenwärtig geltenden gemeinen Recht *s*) gestattet der Richter, wenn von Bezahlung einer Schuld die Rede ist, dem Schuldner zur Befolgung des Judicatums eine nach Beschaffenheit der Umstände *t*) zu verlängernde oder abzukürzende Frist von vier Monaten. Ist diese verstrichen, so erfolgt auf weiteres Anrufen des obsiegenden Theils die wirkliche Hülfsvollstreckung mittelst Angriffs der Immobilien, und

---

r) Martin §. 259. a. E.

s) Glücks Comment. XIX. §. 1101.

Thibaut P. R. §. 1258.

Hofacker princ. jur. civ. T. III. §. 4541. sqq.

t) pro causae qualitate vel quantitate vel personarum obsequio vel contumacia. L. 2. de re jud.

zwar wenn der Gläubiger ein Hypothekrecht hat, sofort, ausserdem erst in Ermangelung eines Executionsgegenstandes in dem Mobiliarvermögen. In diesem letztern Falle wird nämlich dem Gläubiger zuvörderst ein richterliches Pfandrecht per missionem in bona judicati exsequendi causa factam *u*) zu Theil; er wird in den Besitz des Guts zum Zwecke des Früchtegenusses eingesetzt. Dieses richterliche Pfandrecht *v*) wird einem öffentlichen gleichgeachtet, unbeschadet nämlich eines ältern oder sonst vorzüglichern Pfandrechts, und es hat für den noch mit keinem Vorzugsrechte versehenen Gläubiger auch die wichtige Folge, daß es ihm bei entstehendem Concurse ein Vorzugsrecht vor bloßen Chirographarien gewährt. Der immittirte Gläubiger erhält das Recht des Genusses der Früchte entweder ausschließlich und vor andern, oder zugleich mit Andern (coimmissi), oder nach Befriedigung Anderer, die etwa schon vorher immittirt worden. Die Früchte des Guts werden zuerst auf die Zinsen und Kosten, dann auf das Kapital abgerechnet.

Die Immission wird 1) durch ein richterliches Dekret verfügt und 2) durch einen Realact in das Werk gesetzt, wo nicht, wie nach sächsischem Recht, (§. 53.) die Erklärung des Schuldners und die Eintragung in die öffentlichen Consens- oder Hypothekenbücher die Stelle der wirklichen Immission vertritt. Der Act der Immission wird dadurch vollzogen, daß der zu immittirende Gläubiger in das Gut durch den Richter oder einen

---

u) Zum bekannten Unterschiede von der missio zur Erhaltung eines Rechts oder Versicherung gegen einen besorglichen Schaden, — rei servandae causa, legatorum servandorum gratia, ventris nomine, in damni infecti cautionem.

Hofacker l. c. §. 4543. n. a.

v) Pufendorf obs. III. 61.

Abgeordneten desselben eingeführt wird, wobei gewöhnlich die bekannten symbolischen Zeichen der Besitzergreifung angewendet werden. Doch nimmt man es damit so genau nicht; man läßt es vielmehr für gleichbedeutend, ja wohl für noch bezeichnender gelten, wenn der Richter oder dessen Commissarius mit dem zu immittirenden Gläubiger an Ort und Stelle kommt, und hier die Absicht des Erscheinens laut und unzweideutig erklärt, auch dabei die nöthigen Weisungen an Verwalter, Gesinde, Pächter u. s. w. erläßt, daß sie den Immissus nunmehr als Besitzer anzuerkennen hätten, verbunden mit der Abmahnung an den Schuldner, sich dieser Ordnung nicht zu widersetzen. Bisweilen wird auch der Besitzer realiter aus dem Besitze geschafft; man weist ihm die Thüre oder stellt seine Effekten auf die Gasse. Wo solchergestalt die Sache selbst spricht, bedarf es denn natürlich weiter keiner Symbole. Ueber alles dieß wird natürlich ein genaues Protokoll, nach Umständen auch ein Inventarium behufs der künftigen Rechnungslegung des Gläubigers aufgenommen oder diesem dessen Herstellung aufgetragen, der sich denn auch nach Befinden seiner Zeit auf die Ableistung des Manifestations-Eides gefaßt machen muß.

Statt der Immission kann auch wohl die Sequestration mit gleicher Wirkung für den Gläubiger verfügt werden, wenn derselbe entweder selbst darauf anträgt, oder Bedenken obwalten, daß der Immissus die Bedingungen der ordentlichen Administration nicht erfüllen möchte, oder bei schon erfolgter Immission deßfalls zu Beschwerden bereits Anlaß gegeben ist, oder endlich, wenn eine Concurrenz mehrerer Gläubiger zur Immission die Sequestration rathsam macht *w*).

---

w) Die preuß. Ger. Ordn. I. Tit. 24. §. 116. ff. läßt nur im

§. 57.
Fortsetzung.

Ist die Immission zur Befriedigung des Gläubigers unzureichend *x*) oder ein Jahr verstrichen, so hat er nun die Befugniß der Distraction des Pfandes, wenn diese ihm nämlich nicht schon kraft eines entweder durch Willenserklärung bestellten oder gesetzlichen Hypothekrechts zugestanden. Diese Maßregel wird nun dadurch reali-

---

Falle der Uebereinkunft des Gläubigers mit dem Schuldner die Immission zu. Ausserdem bestimmt sie statt derselben die Sequestration, indem sie keine andere Immission zu kennen scheint, als eine solche, wo nach einem gefertigten Anschlag auf Gewinn und Verlust ohne Verbindlichkeit zur Rechnungslegung das Gut dem Gläubiger zur Benutzung überlassen wird. Durch das Mittel der Sequestration sollen nun die aus der Unzuverlässigkeit der Nutzungs-Anschläge zu besorgenden Weitläufigkeiten und Verkürzungen des Gläubigers oder Schuldners vermieden werden. Doch kann dem Glaubiger mit der Verbindlichkeit eines andern Sequesters die Führung der Administration übertragen werden.

x) Das bayer. Hyp. Gesetz vom 1. Junius 1822. §. 64. gestattet auch dem Hypothekschuldner, wenn er darthun kann, daß der von andern Lasten freie Ertrag eines Jahres von dem hypothecirten Gute zur Zahlung der eingeklagten Schuld an Kapital, Zinsen und Kosten hinreiche, darauf anzutragen, daß statt der Subhastation der Gläubiger in die Einkünfte eingewiesen werde.

Gleiche Bestimmung hat auch die preuß. Ger. Ordn. a. a. O. §. 112. indem sie verordnet, daß in diesem Falle bloß die Einkünfte für Rechnung des Gläubigers in Beschlag zu nehmen. Nach dieser Gesetzgebung soll überhaupt die Beschlagnehmung der Gutseinkünfte, wo selbige sonst dem Zweck entspricht, als milderes Executionsmittel der Immission oder Sequestration vorhergehen.

sirt, daß von dem Richter zum Verkauf des Pfandstücks mittelst Subhastation oder öffentlicher Vergantung geschritten und zur Versteigerung ein Termin anberaumt wird. Von diesem Versteigerungstermin werden die Hypothekengläubiger, wenn von ihnen nicht selbst, oder nicht von allen die ein Hyp. Recht haben, die Execution ausgebracht worden, zur Geltendmachung ihres Rechts besonders in Kenntniß gesetzt. Denn dieses ist die Bedingung der anzunehmenden Remission des Pfandrechts im Falle der Unzulänglichkeit des Erlöses zur Tilgung der Pfandschuld, überhaupt der Befreiung des verkauften Immobile von dem bisherigen Pfandnexus y). Aber auch der Schuldner muß, sogar bei Strafe der Nichtigkeit z) von dem bevorstehenden Verkaufe, wie bei der Privatdistraction des Pfandes, und von dem Licitationstermin in Kenntniß gesetzt werden, und er kann nun bis zum wirklichen Zuschlage durch Befriedigung des Extrahenten der Feilbietung diese unterbrechen.

§. 58.

Besondere Modalitäten der Subhastation.

Der Unterschied zwischen einer allgemeinen Feilbietung (subhastatio generalis), welche ohne Benennung eines Preises, es sey eines Taxquantums oder eines schon geschehenen Gebots erfolgt, und einer besondern Feilbietung (subhastatio specialis) die mit Benennung eines Preises geschieht, der entweder das Resultat einer Schätzung oder eines schon geschlagenen Licitums ist — dieser Unterschied liegt allerdings in der Natur der Verkaufsart, wo der Verkäufer seine Sache nicht zu einem

y) L. 4. §. 1. D. quibus modis pignus vel hyp. solv. L. 6. C. de remiss. pign. (VIII. 26.) Pufendorf Tom. I. obs. 131.

z) Leyser Spec. 232. m. 4.

bestimmten Preis zum Kaufen anbietet, sondern sie demjenigen käuflich zu überlassen verspricht, der ihm unter mehreren am meisten dafür gibt. Doch ist der Name nur doctrinell und partikularrechtlich, besonders sächsisch. Auch daß der Subhastation die Taxe vorhergehen müsse, ist zwar nach römischem Recht, wenigstens in einem bestimmten Falle *a*), vorgeschrieben, nach heutiger gemeiner Praxis aber, die nach Partikularrechten, besonders nach sächsischem Recht sich gebildet zu haben scheint, nicht nothwendig. Diese Partikularrechte haben wohl eben in der Feilbietung, nach dem Prinzip, quod res tanti valeat, quanti vendi possit, das Surrogat für die doch immer prekäre Schätzung gefunden. Indessen ist die Schätzung gemeinrechtlich dem Richter auch gerade nicht verboten und in denjenigen Fällen, wo dem Gläubiger der Zuschlag nicht schlechthin in solutum geschieht, sogar nothwendig zur Regulirung des Mehr- oder Minderbetrags der Forderung gegen den Werth der addicirten Sache.

Der Zuschlag geschieht an den Meistbietenden, wobei jedoch nach römischem Recht *b*) der extrahirende Gläubiger das Vorkaufsrecht hat. Findet sich kein Käufer, oder kein solcher, der ein annehmliches Gebot (dignum pretium) legte, so kann der Gläubiger den Zuschlag des Pfandes an ihn selbst verlangen. Rücksichtlich dieses Zuschlags an den Gläubiger, in Ermanglung eines andern Käufers, finden aber verschiedene Wirkungen Statt, je nachdem von dem öffentlich gerichtlichen Verkauf eines pignus in causa judicati captum oder von einem Privatverkauf eines auf Willens-Erklärung beruhenden Pfandes die Rede ist, welcher zwar durch richterliche Mit-

---

a) L. 16. C. de rescind. vend. (IV. 44.)

b) L. 16. D. de rebus auct. jud. poss.

wirkung realisirt wird und mit Vorwissen des Schuldners auch sonst in gutem Glauben unternommen werden muß, jedoch von dem Gläubiger selbst privata auctoritate vorgenommen wird. Deßfalls bestimmt nun das R. R. folgendes:

A) Wenn sich bei einer von dem Richter verfügten Veräusserung eines pignus in causa judicati captum kein Käufer findet, so kann sich der Gläubiger an den Kaiser wenden und den Zuschlag des Pfandstücks für seine Forderung zum Eigenthume verlangen. Dieß hat dann die Begebung aller weitern Ansprüche an den Schuldner zur Folge, wenn auch das Pfand den Betrag der Forderung nicht erreicht, so wie auf der andern Seite der Schuldner alle Ansprüche wegen eines etwanigen Mehrwerths des Pfands als die Schuld beträgt, so wie wegen eines Wiedereinlösungsrechts verliert, indem die Sache zwischen dem Gläubiger und Schuldner hier gleichsam als durch Vergleich abgethan angenommen wird c).

B) Der Gläubiger ist privata auctoritate zu dem Verkauf des Pfands zu schreiten befugt, jedoch, wenn nichts anderes bedungen worden, erst nach vorgängiger (und zwar, im Falle de non distrahendo pignore pactirt worden, dreimaliger) Anzeige oder Denunciation an den in mora befindlichen Schuldner, dann nach Ablauf von zwei Jahren, und auf offenkundige Weise. Wenn sich nun hiebei kein Kauflustiger findet, es sind auch wiederhohlte Aufforderungen zur Pfandeinlösung nöthigen Falls (wenn nämlich der Schuldner abwesend war) unter Mitwirkung des Richters vergeblich, so kann der Gläu-

c) L. 15. §. 3. D. de re jud. L. 3. C. si in causa judicata. (VIII. 23.)

Gläubiger das Pfand von dem Kaiser sich zum Eigenthume zusprechen lassen *d*). Hier behält nun der Schuldner zwei Jahre lang das Einlösungsrecht; dagegen ist aber auch der Gläubiger, da er das Pfand nicht an Zahlungsstatt zugeschlagen erhält, befugt, wegen des Minderwerths des Pfandes gegen den Betrag der Forderung sich an den Schuldner zu halten, so wie diesem die Vergütung des Mehrwerths vorbehalten bleibt *e*).

Was überhaupt das Wiedereinlösungsrecht betrifft, so steht selbiges dem Schuldner ordentlicher Weise nicht zu, wenn es ihm nicht bei dem Verkauf vorbehalten worden *f*). Ausser dem angegebenen hat er dasselbe nur noch in dem Fall in Anspruch zu nehmen, wenn die verpfändete Sache von einem nachstehenden Pfandgläubiger oder Bürgen gegen Bezahlung der Schuld an sich gebracht worden, indem angenommen wird, die Erwerbung sey nicht sowohl zur Erlangung des Eigenthums der Sache, als zur Erhaltung der Forderung und des Pfandrechts geschehen *g*). Wenn gleich im übrigen heut zu Tage die Veräusserung besonders unbeweglicher Pfänder nur durch

---

d) Als Grund, warum hier der Kaiser entscheiden mußte, gibt Perez ad Cod. lib. VIII. tit. 24. Nro. 2. an, weil kein Magistratus nach §. 1. I. de bonor. poss. jemand zum Erben oder Eigenthümer machen könne, sondern nur das Gesetz oder der Landesherr. — Dieser Grund ist aber so unpassend, als die dafür schief angeführte Gesetzstelle. Bloß die Wichtigkeit der Sache und vielleicht Mangel an Vertrauen auf die Gerichte mag den Gesetzgeber zu dieser Reservation bewogen haben.

e) L. 3. §. 2 — 6. C. de jure dom. impetrando. (VIII. 34.)

f) L. 13. pr. D. de pign. act. L. 7. pr. et §. 1. D. de distract. pign.

g) L. 5. §. 1. L. 6. de distr. pign.

die Gerichte geschieht, so ist doch das Wiedereinlösungsrecht des Schuldners unter den bemerkten Voraussetzungen auch bei gerichtlichen Verkäufen und der dem Schuldner dazu vergönnte zweijährige Zeitraum gemeinrechtlich *h*).

§. 59.
Vornämlich wegen des Zuschlags.

Rücksichtlich der Modalitäten bei dem Zuschlage ist jetzt folgendes die gemeine Praxis. Der Zuschlag im Licitationstermin (addictio), (welcher sonst, wie noch jetzt bei Auctionen gewöhnlich ist, mittelst eines Hammers oder Schlüssels geschah,) wirkt die Perfection des Kaufs. Dieser Addiction folgt die Adjudication, welche die Wirkung der Tradition also der Consummation des Kaufs hat, und endlich auch wohl noch die Investitur, indem das adjudicirte Grundstück, wenn es in lehenherrlichem oder sonstigem Dominikal-Verbande steht, dem Käufer nunmehr in Lehen gereicht und zugeschrieben wird *i*). Die Adjudication geschieht durch einen Adjudicationsbescheid, dessen schriftliche Ausfertigung sonst Gantbrief genannt wurde. Doch ist die förmliche Adjudication mit ihren Wirkungen (Uebergang des Eigenthums der subhastirten Sache auf den Licitanten und Erlöschung aller auf derselben bisher gehafteten Hypotheken und sonstigen nicht perennirenden Realrechte) durch die Bezahlung der Kaufgelder bedingt *k*) oder involvirt doch stillschweigend die Wiederauflösung des Kaufgeschäfts, (ex lege commissoria) sofern nichts anderes, namentlich nicht der Borg der Kaufgelder bedungen worden. Dieß geschieht jedoch wenigstens theilweise sogar in der Regel,

---

h) Glück Pand. Comm. XIX. Seite 409.

i) Hommel in rhaps. I. obs. 44.

k) L. 15. §. 7. D. de re jud.

da man verkaufender Seits oft froh ist, wenn man nur ein annehmliches Gebot erlangt, gesetzt auch, daß der Licitant nicht sogleich das Ganze bezahlen kann. Natürlich lehrt die Vorsicht hier, die Sache so einzurichten, daß das verkaufte Gut für den Rückstand am Kaufpreis noch eine für alle Fälle sichere Hypothek gewährt. Auch wird, damit der Käufer nicht die Sache und den Kaufpreis zugleich benutzt, demselben im Fall des Borgs ordentlicher Weise zur Bedingung gemacht, den Kaufgelderrückstand zu verzinsen.

Drittes Kapitel.

Nach Partikularrechten.

§. 60.

Einseitige Bestrebungen der Partik. Gesetzgebungen und deren nachtheiliger Einfluß auf die Ausbildung des gemeinen Prozeß-Rechts.

Schon aus dem oben (§. 39. 43 ff.) Gesagten gehet hervor, daß die Gesetzgebung in der Materie von der Execution vornämlich in das unbewegliche Vermögen sehr viel zu berücksichtigen hat, um den Forderungen des Rechts und der Politik zu entsprechen und weder dem Schuldner noch dem Gläubiger zunahe zu treten. Daß die Gesetzgebungen der einzelnen deutschen Länder die Klippen nicht immer glücklich umschifft, und bei der Collision der Rücksichten (§. 46.) nicht immer das Rechte getroffen haben, davon wird man sich aus den hiernächst anzugebenden Beispielen der legislativen Productionen mehrerer Länder Deutschlands nicht schwer überzeugen. Schon die auffallende Verschiedenheit in den Bestimmungen erregt keine günstige Meinung bei einem Gegenstande, wo es gerade nicht auf locale Verhältnisse ankommt,

und wo eine und dieselbe Ursache in ihrer Wirkung unmöglich bald so und bald anders sich äussern, folglich was in Bayern und Schwaben recht und zweckmäßig ist, unter einerlei Umständen in Franken und Sachsen nicht als unrecht und zweckwidrig erscheinen kann. Auffallend ist es besonders, wie man hie und da durch gestattete Wiederhohlung der Subhastationen wegen vermeintlich zu geringen Gebots, oder durch andere verzögernde Temperamente die Hülfsvollstreckung gehemmt hat, und durch einseitige Begünstigung der Speculationen und Hoffnungen des Schuldners oder auch der minder bevorzugten Gläubiger verkannt zu haben scheint, was die Gerechtigkeit gegen die mehr bevorzugten und schon darum auf vorzüglichern Schutz der Gesetze Anspruch machenden Mitgläubiger forderte.

§. 61.

Fortsetzung.

Fraget man nach dem Grunde dieser Einseitigkeit, so findet man ihn hauptsächlich wohl in der Art wie, und in den Umständen, unter welchen die Executions- und so auch die Concurs-Ordnungen ihre Entstehung oder doch ihre sogenannte Verbesserung meistentheils erhalten zu haben scheinen. Zur Zeit eines großen Wohlstandes des Volks dachte man wohl nicht an solche, häufig ohnehin als fragmentarische Schöpfungen der Gesetzgebung in das Daseyn getretene Ordnungen. Die Legislation war nur geschäftig, wenn man der Noth der Zeiten abhelfen zu müssen und — durch Gesetze abhelfen zu können glaubte. Wenn also Krieg und andere Unfälle die Völker heimsuchten, wenn Stockungen im Verkehr entstunden, die Verarmung überhandnahm, folglich die Schuldklagen und Executionen sich häuften; so entstunden wie zu allen Zeiten Klagen über schlechte Justiz, die dem Einen zu rücksichtlos und strenge, dem Andern zu nach-

sichtig und kraftlos erschien. Freilich konnte man leichter Gesetze machen und die Rechtspflege reformiren, als die Zeitumstände. Leicht konnte nun aber der Anblick der Noth worunter nur der Schuldner, nicht aber, oder doch so augenfällig nicht, der Gläubiger seufzte, sowie das Mitleid gegen die aus Mangel hinlänglicher Zahlungsmittel leer ausgehenden Gläubiger, indeß andere ihre volle Befriedigung erhielten, — dieß konnte, sage ich, leicht die Gesetzgeber zu einer gewissen Weichherzigkeit stimmen, die auf das Produkt ihrer legislativen Providenz einen, weniger dem Recht als der s. g. Billigkeit zusagenden Einfluß geltend machte. Da zugleich jeder Partikular-Gesetzgeber die Sache auf seine Weise betrachtete, so wurde dadurch, überhaupt durch diese isolirte Thätigkeit *l*) nicht nur zur Ausbildung des Rechts wenig beigetragen, sondern namentlich auch für die eines gemeinen Rechts der Praxis ein sehr beengter Spielraum übrig gelassen. Die Jurisprudenz konnte in ihren divergirenden Richtungen nicht zur Verfolgung eines gemeinschaftlichen Ziels wirksam werden. So wie sie selbst subjectiv nur örtlich einseitig für die Gesetzgebung rathend und über dieselbe commentirend sich äusserte, so wurde von ihr auch bei dem Gegenstand ihrer Sorge nur das berücksichtigt, was dem einzelnen größern oder kleinern Land angemessen zu seyn schien, als was denn natürlich hier mehr dort we-

---

l) Dieß mag mehr oder weniger noch bis auf den heutigen Tag der Fall seyn, ungeachtet des Interesse, welches die Rechtswissenschaft auch an den Werken der einzelnen Gesetzgebungen nimmt, weil die öffentliche Kritik dergleichen Gesetzprodukte gewöhnlich erst dann zur Anschauung erhält, wenn sie schon in das Leben getreten sind. Hier verstummt denn auch vernünftiger Weise der Tadel, nicht vor der Vollkommenheit des Werks, sondern weil er zu spät kommen würde.

niger das von dem Gesetzverfasser sich gebildete Ideal gelten mußte. So hat die Jurisprudenz in ihren schismatischen Bestrebungen von dem Ziele der Einheit und damit der Vollkommenheit sich entfernt, wie dieß auch bei andern hauptsächlich durch die Partikularrechte ausgebildeten Rechtsinstituten der Fall ist, wobei man nur an die Lehre von der Gütergemeinschaft zu erinnern braucht. Daher rührt es, daß die gemeinrechtlichen Bestimmungen über die Execution in Immobilien auf wenige Sätze sich beschränken, die durch ihre Allgemeinheit den Richter in der Anwendung allerdings in Verlegenheit lassen würden, hätten nicht die besondern Gesetzgebungen der Verlegenheit abgeholfen, dadurch wenigstens, daß sie etwas Positives hinstellten. Ein gemeines Recht, wenn man so will, besteht also in dieser Materie, wie oben schon erinnert worden, nur in der Concordanz der Partikularrechte mit dem römischen oder den s. g. kaiserlichen Rechten, und es hat nur durch die Bemühungen der Doctrin die Gestalt eines gewissen selbstständigen Ganzen erhalten, dem aber durch die besondern Rechte natürlich häufig derogirt wird.

A. Eigenheiten der Partikulargesetze rücksichtlich einzelner Punkte des Subhastations-Verfahrens überhaupt.

§. 62.

Vorerinnerung.

Die partikularrechtlichen Bestimmungen über den Subhastations-Prozeß kommen zwar im Wesentlichen mit dem gemeinen Rechte (d. h. mit dem Abstraktum aus römischem Recht, Partikularrechten, Doctrin und Usus Fori) ziemlich überein, man begegnet aber auch fast eben so vielen Abweichungen als einzelne Ordnungen sind, wenigstens in den Einzelheiten der Einleitung und des Ganges des Verfahrens bis zum Zuschlage. Besonders abweichend

sind die Maximen rücksichtlich der peremtorischen Kraft des Licitationstermins, vornämlich in Rücksicht auf die Frage, ob bei einem Widerspruch unter den Verkaufsinteressenten der Zuschlag geschehen muß oder eine weitere Feilbietung Statt finden soll, dann in Rücksicht auf die Wirkungen des Zuschlags bezüglich auf die Unwiderruflichkeit des Eigenthums-Uebergangs auf den Käufer. Diese verschiedenen Ansichten, gerade in dem wichtigsten und folgenreichsten Theile des Ganzen, verdienen die genaueste Betrachtung, und man wird das in der Folge deßfalls umständlicher Angeführte nicht für überflüssig erachten. Ich beschränke mich übrigens hier auf diejenigen deutschen Prozeßgesetzgebungen, die ich selbst einzusehen Gelegenheit gehabt, überzeugt, daß es für den Zweck dieser Schrift dießfalls gerade nicht auf Vollständigkeit ankommen, daß vielmehr, die Ordnungen aus dem größten Theile von Deutschland in ihrer Mannigfaltigkeit zu kennen, als Material zur anzustellenden Vergleichung und zur Prüfung der Zweckmäßigkeit der sich hiernach ergebenden Resultate immer schon genügen wird.

Es sollen nunmehr die wesentlichsten Momente des Subhastationsprozesses in Vergleichung mit den einzelnen Gesetzgebungen, soweit diese etwas Besonderes darbieten, durchgegangen werden, vorher aber noch eines eigenthümlichen Mittels zur Abwendung des Zwangsverkaufs Erwähnung geschehen.

§. 63.

Selbstverkauf durch den Schuldner.

Vor allen kommt also hier eine eigenthümliche Bestimmung zur Betrachtung, deren Absicht dahin gerichtet ist, den Subhastationsprozeß überhaupt abzuwenden. Ehe nämlich zur gerichtlichen Feilbietung eines Guts zum Zwecke der Execution geschritten wird, soll zur Schonung des

Schuldners diesem von einer besondern Rechtswohlthat Gebrauch zu machen verstattet seyn, welche die Gesetzgebungen einiger Länder, Bayerns und Würtembergs nämlich, (denn ausser diesen ist mir dieß von einer andern Gesetzgebung wenigstens in dieser Art nicht bekannt) eingeführt haben. Sie besteht darin, daß vor allen dem Schuldner, wenn er es verlangt, bei ansehnlichen Güterbesitzungen gestattet wird, diese Güter, ehe sie sub hasta gestellt werden, in einer angemessenen Frist selbst bestmöglich zu verkaufen. Dieß bestimmt für Bayern das Gesetz vom 22. Julius 1819 einige Verbesserungen der Ger. Ordn. betreffend, und gestattet hiezu dem Schuldner auf sein Ansuchen eine nicht zu verlängernde Frist von drei und bei Gütern von besonders hohem Werthe von sechs Monaten. Die nämliche Begünstigung kennt auch das neue königl. Würtemberg. Executionsgesetz von 1825. Art. 51. unter einem "angemessenen" Termin. Die Prüfung dieser allerdings bedenklichen Rechtswohlthat soll weiter unten folgen.

§. 64.

Taxation des zu subhastirenden Gegenstandes.

Die gerichtliche Schätzung der zu subhastirenden Gegenstände ist das erste Erforderniß des Zwangsverkaufs. Sie wurde, wie vorhin gedacht, schon nach dem römischen Recht, wenigstens in einem bestimmten Falle für nothwendig erachtet, nämlich bei dem Angriffe der Immobilien zum Behuf der Beitreibung öffentlicher Abgaben *m*). Dagegen sind unter den ältern deutschen Partikularrechten mehrere, welche die Schätzung für unnöthig halten. Aus der neuern Zeit sind mir dießfalls nur zwei Subhastations-Ordnungen bekannt, nämlich eine großherzoglich

---

m) L. 16. C. de resc. vend. (IV. 44.)

Würzburg. vom 5. März 1808. und die vormals großherzoglich Frankfurth., in der Prozeßordnung, Art. 388. f. Die ältern Ordnungen gingen hiebei von der Vorstellung aus, daß eben die Feilstellung zu jedermanns freiem Kaufe und somit die Concurrenz das sicherste Mittel sey zur Erkenntniß des currenten Werths, als worauf es bei dem Verkauf eben doch nur ankomme *n*). Man besorgte selbst, daß bei einer zu geringen Schätzung sich kein Käufer zu einem Mehrgebote verstehen würde, oder wenn die Taxe zu hoch ausgefallen, daß dieselben vom Bieten abgeschreckt werden dürften *o*). Daher ist die Schätzung nach kursächsischem Recht sogar verboten. Nur in dem Falle, wo sich kein Käufer findet, und daher das Grundstück dem Gläubiger zugeschlagen werden muß, tritt erst die Nothwendigkeit der Schätzung ein, weil man sonst keinen Anhalt zur Bestimmung des Werthsverhältnisses der Sache gegen die Forderung hätte, für deren Rechnung das Grundstück abgetreten wird. Hiernach kennt das sächsische Recht *p*) in Beziehung auf die Werthserhebung dreierlei Arten der Subhastation, nämlich 1) eine generelle, ohne Taxation, dann 2) wenn sich hier kein Licitant findet, mit dem etwa von dem Gläubiger gebotenen Preis, endlich 3) mit gerichtlicher Schätzung, wenn auch der Gläubiger kein Gebot oder ein zu geringes gelegt hat. Bei der zweiten Art und im Falle des Zuschlags an den Gläubiger, findet auch nur allein die Reluition des Schuldners Statt.

Die Schätzung gilt aber heut zu Tage immer mehr für ein wesentliches Erforderniß bei Eröffnung des Sub-

---

n) Es war Grundsatz: Subhastatio suscipitur ad verum rei pretium indagandum. Berger oec. jur. L. IV. Tit. 29. th. 3. n. 5.

o) Wernher Obs. P. VII. obs. 180.

p) Carpzov jurispr. for. P. I. const. 32. def. 59. n. 8.

hastationsverfahrens, weil 1) ohne selbige weder die Verkaufs-Interessenten noch das Gericht irgend einen Anhalt bei der Prüfung der Annehmlichkeit eines Gebots hätten, besonders wenn sich nur wenige Concurrenten zur Licitation einfänden. Hier könnte allerdings die Besorgniß des R. R. in der angeführten Stelle eintreten, ne sub nomine subhastationis publicae locus fraudibus relinquatur, nec possessionibus viliore pretio distractis plus emtor ex gratia quam debitor ex pretio consequatur. Ferner dient 2) die Schätzung auch zur Belehrung der Kauflustigen. Endlich ist sie 3) in dem Falle, da kein Käufer erscheint, doch nicht zu entbehren, also nachgehends aufzunehmen, wo sie aber bedenklich erscheint, da es nunmehr den Taxatoren und ihrer gewissenhaften Discretion gewissermassen in die Hand gegeben ist, dem nun bekannten Erwerber den Preis nach Gutdünken zu machen. Die vorhin berührten Besorgnisse vom Abschrecken ꝛc. der Käufer sind ohnehin der Erfahrung entgegen. Wo nach Landesgesetzen die Frage: ob im Falle eines Dissenses der Zuschlag geschehen müsse, nach dem Verhältniß des Gebots zur Schätzung zu entscheiden ist, da versteht sich deren Nothwendigkeit ohnedieß von selbst.

Die Schätzung hat übrigens nur die Belehrung der Licitanten rücksichtlich des Werths der Sache und, da sie zugleich mit einer genauen Beschreibung der activen und passiven Eigenschaften des Guts verbunden ist; rücksichtlich dieser zum Zweck, ohne daß das Gericht oder die verkaufenden Interessenten in Hinsicht auf den Anschlag selbst, wenn nur die Beschreibung der Realitäten richtig ist, eine Vertretung zu leisten haben. Es erfolgen vielmehr alle Verkäufe sub hasta in Bausch und Bogen, mithin ohne Haftung für den Anschlagspreis und andere Punkte, welche entweder Gegenstand der Reflexion oder Calculation sind, oder sich sonst auf Daten gründen, die

jeder Kauflustige selbst zum Gegenstande der Prüfung machen kann, wie Ertragsfähigkeit rc. Daraus folgt, daß nur dann, wenn etwa, wie sich die preußische und nach derselben die anhaltische Prozeßordnung ausdruckt, das ganze Grundstück oder ein Theil desselben von einem Dritten evincirt wird, oder ein mit in Anschlag gebrachtes Stück oder Realrecht gar nicht vorhanden wäre, die aus den Kaufgeldern bezahlten Gläubiger nach dem Verhältniß des Gebots gegen die Taxe dem Käufer die Gewähr zu leisten haben.

Allenfallsige Erinnerungen gegen die Taxe sind nach den zuletzt angeführten Partikular-Prozeßordnungen längstens 4 Wochen vor dem endlichen Subhastationstermin anzubringen.

§. 65.

2) Bekanntmachung der Subhastation

a) allgemeine.

Daß die verfügte Subhastation, um den beabsichteten Verkauf zu jedermanns Wissenschaft zu bringen und Kauflustige einzuladen, öffentlich und zwar wiederhohlt bekannt zu machen, darin stimmen alle Ordnungen überein, so verschieden sie, zum Theile wenigstens, in Ansehung der Art und Weise dieser Bekanntmachungen sind. Die Anschlagung offener Proclamen oder Patente am Orte des Gerichts, auch wohl anderwärts und ausserdem noch eine Art öffentlicher Bekanntmachung kann man als die übereinstimmende Form annehmen. Diese weitere Bekanntmachung erfolgt durch Ausruf und Ablesen an öffentlichen Orten, namentlich vor den Rathhäusern, Kirchthüren oder sonst an Orten und zu Zeiten, wo sich viel Volk zu versammeln pflegt; ferner durch Einrückung in die Intelligenzblätter und Zeitungen. Diese Art der Bekanntmachung durch Inserate in öffentliche Blätter scheint nach

und nach, (was gerade im allgemeinen nicht zu billigen ist) alle andere, mit Ausnahme der Affixion an gewöhnlicher Gerichtsstätte schon verdrängt zu haben oder noch verdrängen zu wollen; sie ist sogar, soviel mir bekannt, jetzt überall gesetzlich vorgeschriebene und bei Strafe der Nichtigkeit nicht zu unterlassende Form. Auch die Bestimmung, wo und wie oft die Einrückung zu wiederhohlen, ist häufig nicht mehr der Willkühr der Gerichte überlassen, was auch ganz in der Ordnung ist.

§. 66.

b) Spezielle Bekanntmachung.

Es darf aber nicht bei der öffentlichen Proclamation allein bleiben, sondern es ist der unternommene öffentliche Verkauf und der anstehende Licitationstermin den bekannten Interessenten, also namentlich den Hypothekengläubigern, so wie dem Schuldner als Eigenthümer und in Concursen dem Masse-Curator besonders bekannt zu machen. Dieses Erforderniß ist, vielleicht als etwas, das sich von selbst versteht, nicht überall ausdrücklich vorgeschrieben worden, wird aber zuverlässig allenthalben beobachtet, zumal da es schon gemeinrechtlich ist (§. 57.). Besonders wesentlich ist die Bekanntmachung an die Hypothekengläubiger, indem deren rechtliche Theilnahme Bedingung der Aufhebung ihres Hypothekenrechts ist, sie auch eventuell selbst als Käufer aufzutreten veranlaßt seyn können.

§. 67.

3) Licitationstermin.

Die Zwischenzeit von der Bekanntmachung der Subhastation bis zu dem öffentlichen Bietungs- oder Strichtermin muß verhältnißmäßig seyn, also dieser nach Beschaffenheit des Werths des Immobile, auch wohl nach

seiner sonstigen Eigenschaft, die es mehr oder weniger zum Gegenstande der Verkäuflichkeit macht, näher oder weiter hinaus angesetzt werden. Die nähern Bestimmungen sind jedoch nach Verschiedenheit der Länder noch sehr verschieden, hie und da auch wohl eben so wie bei den Modalitäten der Bekanntmachung dem richterlichen Gutbefinden mehr überlassen, als gut ist. Denn, wie ich schon anderwärts q) erinnert habe, so ist hier keiner von den Fällen, wo das richterliche Ermessen im gegebenen Fall ein durch das allgemeine Gesetz nicht vorherzusehendes Verhältniß bestimmen müßte. Auch sollte der Befugniß, einen Licitationstermin früher oder später anzusetzen, so wenig als der Freiheit in der Wahl der Bekanntmachungs-Modalitäten, somit der subjectiven Willkühr, die nur zu leicht durch unlautere Beweggründe geleitet werden kann, kein zu weiter Spielraum gestattet werden.

Die sonst gewöhnliche trina subhastatio ist nichts anderes als die Abtheilung der Subhastationsfrist in drei Termine, wovon nur der letzte peremtorisch ist, und sie hatte wohl die Absicht, jede Uebereilung zu beseitigen. Diese nicht separatim, sondern conjunctim und unter einem, verfügte Wiederhohlung des Aufstrichs (verschieden von der Wiederhohlung der Subhastation, die nach schon eingetretenem peremtorischen Licitationstermin auf Verlangen der Betheiligten erfolgt, und jenes peremtorische Wirkung aufhebt,) ist aber nunmehr meist ausser Gebrauch, da sie ihrem Zwecke nicht entsprach, also nur zur Vermehrung der Kosten diente. Denn die Erfahrung hat gelehrt, daß im ersten und zweiten Termin, eben weil keiner peremtorisch war, gar oft kein Licitant sich meldete,

---

q) Ueber die bürgerliche Rechtspflege und Gerichtsverfassung Bayerns. (Erlangen 1826. 8.) S. 141.

sondern wer bieten wollte, nur im dritten erschien. Ohnehin unternimmt niemand gern eine vergebliche Handlung, aber es räth auch die Vorsicht jeden Licitanten, sich nicht ohne Noth durch ein zu frühzeitig abgegebenes Gebot für ungewisse Ereignisse zu binden. Wenn noch Monate verstreichen bis es zum endlichen Termine kommt, so kann dem Kauflustigen unterdessen vielleicht eine anständigere Gelegenheit sich zeigen, oder es können in seinen Umständen Veränderungen eintreten, die ihm seine Voreiligkeit bereuen lassen. Geräumige Ansetzung des peremtorischen oder eigentlichen Licitationstermins und möglichst vollständige Bekanntmachung sind weit bessere Mittel zum Zwecke, und wenn überhaupt die Zeitumstände nicht ungünstig sind, so wird es nicht an Bietungslustigen fehlen, besonders wenn diesen die Hoffnung, um ein billiges Gebot kaufen zu können, nicht durch die niederschlagende Besorgniß einer wiederholten Feilbietung benommen wird, welche die schwer zu befriedigenden Verkaufs-Interessenten nur zu oft in Antrag bringen, da wo die Gesetze deßfalls indulgent sind.

Von eigentlichen, abgesondert veranlaßten Wiederhohlungen der Subhastation wird in der Folge die Rede seyn.

§. 68.

4) General- und Spezial-Subhastation.

Der Unterschied zwischen einer General- und Spezial-Subhastation ist insofern nicht mehr gebräuchlich, vielmehr jede Feilbietung generell, als man, wo es die Partikulargesetze nicht vorschreiben, (oder wohl gar daß es geschehe, verbieten) das Grundstück nicht mit Bemerkung der Taxe oder des etwa schon darauf gelegten Gebots feilbietet, vielweniger einen bestimmten Preis fordert, sondern nur, gleichwie bei Auctionen, das Stück aus-

bietet und sieht, was man etwa erlösen kann. Schon in der Natur dieser besondern Verkaufsart liegt es, wie schon vorhin gedacht worden, daß man das feilgestellte Stück nicht um ein gewisses Gebot zum Kaufen anbietet, wie bei den ordentlichen Käufen aus freier Hand, wo der Verkäufer den Preis bestimmt, den er verlangt, oder seine Waare bietet. Insofern gibt es also keine Spezial-Subhastation. Versteht man aber unter dieser eine solche, wo die Taxe den Kauflustigen in dem Subhastations-Programm oder doch im Bietungstermine zu ihrer Nachacht eröffnet wird, so ist die Spezial-Subhastation noch gewöhnlicher als die generelle. Wo diese (im Preußischen *r*), Oesterreichischen *s*), Anhalt-Dessauischen *t*) ausdrücklich vorgeschriebene,) Bekanntmachung der Taxe nicht geschieht, mag es in der Vorstellung seinen Grund haben, daß die Licitanten vielleicht mehr bieten würden als die Schätzung beträgt, welches aber, wie es in der Regel doch zwecklos ist, auch mit der Oeffentlichkeit und Offenheit sich nicht gut verträgt.

§. 69.

5) Kaufbedingungen.

Es gibt allgemeine und besondere Bedingungen des Kaufs sub hasta. Jenen, die theils zu den wesentlichen theils zu den gewöhnlichen Erfordernissen der Subhastation gehören, hat sich sowohl der verkaufende als kaufende Theil zu unterwerfen, wenn derselben auch nicht besonders Erwähnung geschieht. Hieher gehört namentlich die Bedingung des Zuschlags, daß, wenn nichts anderes ausgemacht wird, die Adjudication und der Ueber-

---

r) A. G. O. Thl. I. Tit. 52. §. 29.

s) Oesterr. G. O. de 1781. §. 326.

t) Anhalt. Prozeßordn. de 1822. Anhang Cap. XII. §. 31. ff.

gang des Eigenthums die Bezahlung des Kaufschillings voraussetzt. Was insonderheit die Kaufgelderzahlung betrifft, so überläßt dieß die preuß. G. O. der Uebereinkunft der Interessenten; Es kommt also darauf an, unter welchen, verkaufender Seits gesetzten, oder auch von dem Licitanten bei Abgabe seines Gebots vorbehaltenen Bedingungen der Zuschlag geschehen ist *u*). In Sachsen muß sofort ein Zehntel des Gebots, in Bayern nach der Pr. Ordn. von 1753. zwei Drittheile längstens binnen 3 Tagen, nach der bayerischen Verordnung für Bamberg und Würzburg vom 26. August 1805. aber das Ganze binnen 6 Wochen und 3 Tagen nach dem unbedingten Zuschlag erlegt werden, wenn nämlich, was sich überall von selbst versteht, nichts anderes ausgemacht worden. Bietet also z. B. jemand 3000 fl. unter der Bedingung, die Summe in 3 Jahren bezahlen zu dürfen, und man nimmt sein Gebot an, so wird es niemand einfallen, die baare Zahlung bei oder gleich nach dem Zuschlage zu fordern.

Ausser den allgemeinen Bedingungen können aber auch noch besondere festgesetzt werden, die in der besondern Eigenschaft des Guts oder in andern Umständen ihren Grund haben, und eben weil sie nicht überall eintreten, besonders zum Gegenstande der Verabredung vor der Licitation, auch wohl schon vor der Feilbietung gemacht, ja selbst je nach ihrer Beschaffenheit in der Subhastationsbekanntmachung ausgedruckt werden müssen. Hieher würde es gehören, wenn wegen der Gewährleistung für gewisse Realitäten oder Lasten besonders Vorsehung zu treffen, indem man verkaufender Seits dieselbe nicht übernehmen will, oder wenn der die Execution ausbringende Hypothekgläubiger wegen Creditirung des Kaufgeldes, um die

---

u) A. G. O. I. Tit. 52. §. 40. 59. ff.

die Kauflustigen desto mehr anzulocken, besonders annehmliche Anerbietungen machte. Die besondern Bedingungen werden von den Verkäufern, also von den Gläubigern gemacht, auch sofern der Schuldner dabei rechtlich betheiligt ist, derselbe mit seiner allenfallsigen Erinnerung dagegen vernommen. Auch der Licitant kann seinem Gebote Bedingungen beifügen, und kommt es hierbei natürlich auf die verkaufenden Interessenten an, ob sie auf diese Bedingungen sein Gebot überhaupt und zu welcher Höhe im Verhältniß gegen etwaige andere Licita gelten lassen wollen. Sind die Interessenten über die Annahme der von dem Käufer gemachten Bedingungen nicht zum Einverständniß zu bringen, so bestimmt die preuß. P. O. v), daß die nach dem Betrage der Forderungen zu berechnende Mehrheit der Realgläubiger entscheide. Doch soll kein Realgläubiger durch den Consens der übrigen zum Beitritte gezwungen werden können, 1) wenn sich der Licitant die Vertretung der Taxe vorbehält, 2) wenn er nicht wenigstens ein Drittel des Gebots bei der Uebergabe zu berichtigen sich anheischig macht.

§. 70.

6) Ausschließung gewisser Personen vom Licitiren.

Vom Bieten sind (etwa bloß mit Ausnahme der hiernächst ad 4. so wie ad 1. in partikularrechtlichen Beispielen angeführten Licitanten) nach übereinstimmender Festsetzung aller Partikularrechte und nach allgemeiner Praxis ausgeschlossen, ausser denen, die überhaupt Verträge einzugehen unfähig sind,

1) jeder der nicht besitzfähig ist. Daher sind Soldaten, während ihrer Dienstzeit und Militär-Conscriptionspflichtige vor zurückgelegten Jahren der

v) a. a. O. §. 57.

Kriegsdienstpflicht in der activen Armee, nach besondern Gesetzen und Verordnungen beim Erwerb von unbeweglichen Gütern beschränkt, soweit deren Behauptung die beständige Gegenwart des Besitzers fordert. Eben so sind die Juden bei dem Erwerbe von Immobilien, besonders von Wohnhäusern an Orten, wo keine israelitische Glaubensgenossen die Aufnahme erhalten haben, gehindert. In Bayern verbietet die Verfassung *w*) den äussern Justiz-Finanz- und Polizei-Beamten den Erwerb einer Gutsrealität in ihrem Amtsbezirk, und was dergleichen Beschränkungen nach den Gesetzen und Verfassungen einzelner Länder mehr sind.

2) Eine wesentliche Bedingung der Zulässigkeit, eines Licitanten ist aber seine Zahlungsfähigkeit, daher jeder, von dem dieß zweifelhaft ist, vor der Zulassung zum Bieten, besonders aber vor dem Zuschlage sich hierüber gehörig ausweisen und nöthigenfalls Sicherheit bestellen muß.

3) Den an der Subhastation Theil nehmenden Gerichtspersonen ist, wegen ihres hier mit ihren Amtspflichten collidirenden Privatinteresse und also wegen besorglichen Mißbrauchs der Amtsgewalt, wenigstens nach den Gesetzen einzelner Länder verboten, mittelbar oder unmittelbar bei der Versteigerung mitzubieten, und bei der Gemeingültigkeit des Grundes ist wohl auch an einer rechtsanalogen Begründung des Verbots, welches ohnehin schon das römische Recht kennt *x*), im allgemeinen nicht zu zweifeln.

---

w) Verfass. Edikt de 26. Mai 1818. (Beil. IX.) §. 21.

x) L. un. §. 2. C. de contr. jud. (I. 53.) Anderer Meinung ist Berger in oec. juris L. IV. Tit. 29. thes. 3. n. 12. jedoch aus Gründen, womit sich allenfalls auch die Behauptung rechtfertigen ließe, daß man wohl auch in eigener Sache Richter seyn könne!

4) Auch der Schuldner selbst ist vom Mitbieten ausgeschlossen, nicht bloß darum, weil es widersinnig wäre, den Eigenthümer der Sache selbst als Käufer anzunehmen, sondern hauptsächlich darum, weil er kein Geld hat, und deßhalb eben sich muß gefallen lassen, daß man seine Sachen durch Verkauf zu Geld macht, wodurch er denn am Besten zu erkennen gibt, daß er der ersten Bedingung der Zulassung zur Licitation, der Zahlungsfähigkeit, nicht genügen kann. Dieß hindert aber nicht, daß ein Dritter für den Schuldner als Bietender auftritt, sofern derselbe sonst die Bedingungen des Zuschlags erfüllen kann und will.

§. 71.

7) Vereitelung des Termins.

Eine Versteigerung setzt ihrem Begriffe nach das Vorhandenseyn wenigstens zweier Bietenden voraus. Sie findet daher überhaupt nicht Statt, und der Licitationstermin ist vereitelt,

1) wenn entweder gar kein Bietungslustiger oder nur ein einziger erscheint. Dieß würde nicht minder

2) dann anzunehmen seyn, wenn zwar mehrere Kaufliebhaber sich einfänden, deren höchstes Gebot jedoch nicht einmal die Hälfte des Taxwerths erreichte; und zwar nicht bloß darum, weil wegen enormer Verletzung auch dieser öffentliche Verkauf rescindirt werden könnte y), — da dieser Satz nicht unwidersprochen ist, — sondern schon wegen anderer Gründe. Denn entweder wäre der durch Schätzung ausgemittelte Werth unrichtig erhoben und folglich eine richtigere Taxe herzustellen, oder es wäre

---

y) Glück P. C. Bd. 17. S. 87 — 100.

ein geheimes Einverständniß, also ein betrügerisches Spiel zu vermuthen, oder es träte die Besorgniß ein, daß troß der fides hastae fiscalis irgendwo eine Regelwidrigkeit untergelaufen, auf die weder gerade der Begriff vom Dolus, noch von einer Nullität anzuwenden wäre. Man denke nur an die mancherlei möglichen Versehen der Eilfertigkeit oder Indolenz und Gleichgültigkeit mancher Versteigerungs-Commissarien, und wie leicht sie Mißverständnisse und Irrthümer zur Folge haben können. Es wäre doch wohl gefährlich, wenn man hier mit dem Zuschlage verführe, weil der Termin peremtorisch war, und etwa das Gesetz deßfalls keine Bestimmung gemacht hätte!

Bei dieser Gelegenheit möchte überhaupt eine Erinnerung an ihrem Orte seyn, welche aus der Betrachtung hervorgeht, daß bei der Bildung des Instituts des Zwangsverkaufs durch die Praxis eben soviel, ja vielleicht noch mehr öconomische als eigentlich rechtliche Rücksichten gewirkt haben, und für den Zweck desselben wirken mußten. Diese Erinnerung ist: wo die Gesetze in dieser Materie ihren Willen nicht bestimmt aussprechen, und wo es in Ermangelung einer gütlichen Uebereinkunft unter den Betheiligten (die man freilich hier vor allen zu erzielen ernstlich sich angelegen seyn läßt) auf richterliche Entscheidung ankommt, da hat der Richter nicht in Rechtsanalogien allein, die oft auch nur vermeintliche sind, die Bestimmungsgründe seines Urtheils aufzusuchen. Er hat vielmehr zugleich, ja vornämlich durch Erwägungen des Zwecks des ganzen Rechtsinstituts, in seiner Richtung gegen das gemeine Wohl, sich leiten zu lassen, und somit dasjenige festzusetzen, was den Umständen angemessen und allen Interessenten nützlich oder doch keinem wesentlich schädlich ist, sondern nur die Duldung einer nothwendigen Unbequemlichkeit als Folge des gegenseitigen Verkehrs im Leben fordert. Dieß ist dann gewiß auch recht, und eigentlich das bonum et aequum.

3) Der Termin kann ferner vereitelt seyn, wenn wesentliche Formalitäten übergangen worden, deren Verabsäumung die Nichtigkeit der Handlung zur Folge hätte, sofern gleichwohl mit der Versteigerung verfahren würde. Dabei wird indessen vorausgesetzt, daß selbige nicht für purifizirt zu achten, wie nach der gothaischen Prozeßordnung in dem Fall anzunehmen ist, wenn das begangene Versehen von dem Massecurator oder dem Schuldner und den Gläubigern nicht spätestens in der ersten Stunde des Licitationstermins gerügt worden. Es versteht sich von selbst, daß wenn alle Betheiligte, mit Einschluß des Schuldners einer solchen, ihnen zur Kenntniß gelangten, Nullität ungeachtet die Vornahme des Aufstrichs gleichwohl begehren, damit ohne Anstand zu verfahren ist. Sollten sich etwa in einem solchen Fall, wo der Licitation Anstand zu geben wäre, annehmliche Bietungslustige einfinden, so ist es wenigstens rathsam, das Licitationsgeschäft nicht auszusetzen, um nicht für eine Formalität, deren Versäumung im concreten Falle vielleicht nichts schadet, einen reellen Vortheil aufzuopfern. Man mag also mit Vorbehalt der vollständigen Wiederaufnahme der Subhastation, wenn die Interessenten nichts anderes beschließen, immerhin die Gebote der sich einfindenden Käufer hören; denn sie möchten leicht künftig nicht wieder kommen.

§. 72.

8) Entfernung sonstiger Hindernisse des Zwecks der Versteigerung.

Zu den Hindernissen des zweckmäßigen Fortgangs eines Versteigerungsgeschäfts gehört alles dasjenige, was die Bietungslustigen vom Streichen abhalten kann, insbesondere aber der schädliche Mißbrauch, wodurch Kauflustige, mittelst heimlicher Verabredung einer Abfindung gegen Mitbietende, diese vom Licitiren abwendig machen. Zweckmäßig bestimmt daher nach dem Vorgange der preuß.

Gesetzgebung z) der Entwurf der Civilprozeßordnung für Bayern (München 1825.) §. 1102.

Alle Verabredungen, wodurch Kauflustige durch Versprechung eines Abstandgeldes oder anderer Vortheile vom Bieten oder Weiterbieten abgehalten werden, sind verboten, und haben unter den Verabredenden keine rechtliche Wirkung. Auch sind diese, zusammen oder einzeln, dem dadurch Beschädigten, — es sey der Eigenthümer, dessen Sachen versteigert wurden, oder der Gläubiger, zu dessen Befriedigung der Erlös zu verwenden gewesen, — das Doppelte des erweislich entgangenen Vortheils zu erstatten verbunden.

Eine hieher zielende Bestimmung hat auch die gothaische Gerichts- und Prozeßordnung vom Jahr 1776. P. I. Cap. 35., wenn sie verordnet, daß der Richter bei nothwendigen Subhastationen nach Befinden der Umstände den Schuldner, seine Frau und nächste Verwandte, auch allenfalls sogar seinen Sachwalter entfernen könne, indem "die Erfahrung gelehrt habe, daß die Gegenwart "dieser Personen gar oft die Kauflustigen abzuschrecken "pflege", — was sehr wahr und aus dem Leben geschöpft ist.

B. Eigenheiten rücksichtlich des Verfahrens im Versteigerungstermin.

§. 73.

Im allgemeinen betrachtet. — Kritische Fragen.

Zu denjenigen Bestimmungen, worin die Partikulargesetze am meisten abweichend von einander sind, gehö-

z) Verordnung gegen Mißbräuche bei gerichtl. und andern öffentlichen Subhastationen d. d. 14. Jul. 1797. Edikten-Sammlung X. S. 1313.

ren jene über die Formalitäten des Verfahrens im Versteigerungstermin und über die peremtorischen Wirkungen des letztern. Bald entscheidet nämlich darüber, wenn der Zuschlag geschehen solle, das von der Willkühr der Betheiligten unabhängige Eintreten eines Zeitpunkts, der entweder durch den Stundenschlag einer Uhr, oder durch das Anziehen der Kirchthurm-Glocke zum Gebet, oder durch das Erlöschen einer angezündeten Kerze ꝛc. bestimmt wird, so daß, wer unmittelbar vorher das höchste Gebot gethan hat, mit Ausschluß jedes später Bietenden den Zuschlag erhält. Bald bestimmt der Ablauf einer bestimmten Stunde bloß den Ausschluß jedes neuen Licitanten, und es erfolgt unmittelbar nach dieser Zeit, wenn von den bisherigen Bietenden auf gehaltene Umfrage niemand sogleich ein höheres Gebot thut, der Zuschlag an den Meistbietenden, jedoch nur provisorisch mit Vorbehalt der Stellung eines bessern Käufers von Seiten der Gläubiger oder des Schuldners (sub pacto addictionis in diem). Bald hängt die peremtorische Wirkung schlechthin bloß von dem Abschlusse des Geschäfts bei Ablauf der Terminszeit ab; dem gelegten Meistgebote folgt die annehmende Erklärung der Betheiligten und hiernächst ein, zugleich die allenfallsige Meinungsverschiedenheit entscheidender richterlicher Ausspruch (Adjudikationsbescheid). Hier hat denn der Ausdruck **Zuschlag** nur noch eine figürliche Bedeutung, zum Unterschiede von Versteigerungen bloßer Mobilien, weil man dafürhält, daß dieses Verfahren der Wichtigkeit des Geschäfts und der dabei erforderlichen ruhigen und besonnenen Ueberlegung am meisten zusage.

Die hauptsächlich kritische Seite des ganzen Subhastationsverfahrens und die größte Abweichung in den partikularrechtlichen Bestimmungen zeigt sich aber da, wo in Ermangelung der Uebereinstimmung der verkau-

fenden Interessenten die Rede ist von den Grenzen ihrer Willkühr rücksichtlich des Zuschlags, oder rücksichtlich der Verbindlichkeit zur Annahme oder Befugniß zur Verwerfung des Meistgebots; ferner wo es sich darum handelt, die Wirkungen des Zuschlags bei einer Unverhältnißmäßigkeit des Gebots zum Werthe der Sache zu bestimmen, und die etwaigen Begünstigungen der Gläubiger und des Schuldners zur Abwendung des Schadens aus einem zu geringen Kaufpreise festzusetzen, den sie gleichwohl genehm halten mußten.

Es soll nun gezeigt werden, wie mehrere Partikulargesetze den Gegenstand behandelt und durch welche Temperamente sie die Gefahr einer Läsion von den verkaufsweise Betheiligten abzuwenden gesucht haben.

Folgende Fragen sind es, auf deren Beantwortung es hier ankommt:

I. Ist die peremtorische Kraft des Licitationstermins gegen Gläubiger und Schuldner auch bei einer etwaigen Läsion durch ein zu niedriges Gebot wirksam? oder

II. ist hier, und zwar auch ausser dem Falle des übereinstimmenden Willens, ein Widerspruchsrecht gegen den Zuschlag begründet? oder

III. ist zur Abwendung des Nachtheils auf andere Weise Vorsehung getroffen, und wie?

IV. Was ist Rechtens, wenn aus Mangel an Licitanten der Bietungstermin überhaupt vereitelt wird?

Wir wollen bei der Beantwortung dieser Fragen die Gesetzgebung verschiedener deutscher Länder hören.

§. 74.
In Sachsen.

I. Nach der Kursächsischen P. O. de 1724. Tit. 39. erfolgt, sobald nur mehrere Licitanten waren, der Zuschlag an den Meistbietenden unbedingt. Es ist also Sache des betheiligten Gläubigers, wenn ihm das Gebot zu niedrig scheint, selbst mit zu streichen und dadurch die Kauflustigen hinaufzutreiben, des Schuldners aber, sich um Licitanten umzuthun. Findet sich im Bietungstermin nicht mehr als ein Licitant, es sey ein Gläubiger oder ein Fremder, so hat der Richter mit demselben sich eines billigen Preises zu vergleichen, oder, da sich gar kein Licitant fände, den Gläubigern das Gut statt ihrer Forderung nach vorgängiger Schätzung um ein billiges in solutum zu geben. In diesen beiden Fällen ist dem Schuldner binnen sechs Monaten das Wiedereinlösungsrecht oder die Stellung eines bessern Käufers nachgelassen, jedoch nur gegen baar Geld und mit Vorbehalt des Vorkaufsrechts des frühern Käufers.

II. Die gothaische P. O. von 1776. ordnet das Nämliche, mit dem Beisatze, daß im Falle der Reluition dem bisherigen Meistbietenden freistehe, das Gut um das höhere Gebot selbst zu behalten, oder solches ohne Erstattung der Meliorationen abzutreten. Wofern aber in der sechsmonatlichen Frist nothwendige Meliorationen erforderlich sind und selbige mit Genehmigung des Richters erfolgen, so sind diese von dem Reluenten zu vergüten.

III. Im fürstlich Schwarzburg-Rudolstädtischen a) erfolgt die Subhastation binnen Monatsfrist.

---

a) Erneuerte Ger. und Pr. Ordn. de 1704. (neu abgedruckt Rudolstadt 1825. nebst Nachträgen und spätern gesetzlichen Vorschriften ꝛc.) P. III. Tit. VI. §. 12. sqq.

In dem Bietungstermine wird das subhastirte Gut mit dem gelegten Meistgebot um 12 Uhr Mittags nochmals ausgerufen und dem Meistbietenden sofort zugeschlagen. Wenn niemand auf dasselbe bietet, so steht dem Gläubiger frei, selbst ein Gebot zu thun, und es ist ihm, wenn niemand mehr bietet, das Gut um das Gebot an Zahlungsstatt zuzueignen, vorbehältlich der Herausgabe des Mehrbetrags des Gebots an den Schuldner und der Vergütung des Minderbetrags gegen die Forderung. Will aber der Gläubiger selbst kein Gebot thun, so soll das Gut durch das Gericht um baar Geld und auf Tagezeiten dem jedesmaligen gemeinen Werthe nach tarirt und mit Vermeldung der Tare von 15 zu 15 Tagen zweimal subhastiret werden. Findet sich auch hier kein Käufer, so ist gleichwohl der Gläubiger zur Annahme des Guts um die Tare nicht verbunden; es ist ihm vielmehr vergönnt, wenn sonst keine andere Zahlungsmittel mehr vorhanden sind, auf nochmalige Schätzung anzutragen. Um diese neue Schätzung ist er aber alsdann das Gut an Zahlungsstatt anzunehmen verbunden. Dem Schuldner steht, jedoch nur in diesem Falle des Zuschlags an den Gläubiger, binnen Jahresfrist das Wiedereinlösungsrecht zu, auch seinen Erben, wenn er vor Ablauf dieser Frist mit Tod abgeht.

§. 75.

In Bayern;

a) ältere Gesetze.

IV. Die bayerische P. O. de 1753. ordnet c. 18. §. 7. et c. 19. §. 17.: Dafern um das feilgebotene Gut entweder gar kein Käufer, oder wenigstens kein größeres Angebot, als was die Schuld beträgt, vorhanden, nebstdem kein anderes liegendes oder fahrendes Gut des Schuldners mehr übrig ist, welches in subsidium mit vergantet werden könnte, so soll dem Gläubiger, wenn er allein ist,

das feilgebotene Gut um seine Forderung heimgeschlagen und verkauft seyn. — Der Schuldner selbst soll zur Licitation nicht gelassen werden, wohl aber stehet ihm nach geschehener Licitation die Reluition des verganteten Guts bis zur wirklichen Adjudikation gegen baare Bezahlung und Erstattung aller Schäden und Kosten frei. Nach der Adjudikation aber wird er nur dann noch damit zugelassen, wenn das Gut gar zu weit über das taxirte Quantum herunter vergantet worden, welchenfalls ihm der Richter das Reluitionsrecht in der Adjudikation auf ein halbes oder längstens auf ein ganzes Jahr ausdrücklich vorbehalten kann.

Wenn im Concurse sich kein Käufer findet, welcher so viel bietet, als die Schuldforderungen insgesammt betragen, so kommt es auf das s. g. jus delendi an, kraft dessen dem letzten Gläubiger freistehet, entweder das vergantete Gut gegen gänzliche Befriedigung derjenigen Mitgläubiger, welche ein älteres oder gleiches Recht mit ihm haben, um seine Forderung in solutum zu übernehmen, oder aber diese zu verlieren, und bemeldetes Gut dem nächst vorhergehenden Gläubiger auf die nämliche Bedingung zu überlassen. Zu diesem Ende soll jedem Gläubiger nicht nur eine dreitägige Bedenkzeit zu seiner Erklärung gelassen, sondern auch nach derselben eine nochmalige, jedoch letzte und einzige Ausrufung gestattet werden, um zu sehen, ob nicht jemand ein mehreres, oder wenigstens so viel als der Betrag sämmtlicher Forderungen ist, zu geben erbötig sey.

V. Eine bayerische Verordnung vom 26. Aug. 1805. für die Fürstenthümer Bamberg und Würzburg *b)* enthält folgendes:

---

b) Novellen-Sammlung zur bayer. Gerichts- u. Prozeßordn. Th. I. S. 324.

Der festgesetzte Versteigerungs-Tag soll als die einzige Strich-Tagesfahrt bestimmt und kein weiterer Licitations-Tag oder Aufstrich gestattet werden. Morgens um 9 Uhr soll die Licitation eröffnet, und bis zum Glockenschlage 12 Uhr Mittags fortgesetzt werden. Um 12 Uhr hat der Gerichtscommissär noch einmal die Umfrage unter sämmtlichen anwesenden Licitanten zu halten, und bei einem erscheinenden höheren Anbot, ohne Unterbruch, Gestattung einer Bedenkzeit oder Aufschubs, so lange damit fortzufahren, bis kein höherer Preis mehr geboten wird. Bei dieser letzten Umfrage ist jedoch kein Licitant mehr zuzulassen, welcher nicht bereits vor 12 Uhr ein Gebot zu Protokoll gegeben hat. Der Zuschlag geschieht unter der Bedingung, wenn innerhalb einer nicht zu verlängernden Frist von sechs Wochen, von dem Tage des Zuschlages angerechnet, von dem Schuldner oder Gläubiger kein besserer Käufer gestellt wird. Der Meistbietende aber ist verbunden, wenn innerhalb dieser Frist kein besserer Käufer aufgebracht werden sollte, sein Angebot zu halten, was den anwesenden Kaufsliebhabern gleich bei dem Anfange der Versteigerung jedesmal gehörig bekannt zu machen ist. Wird innerhalb dieser Frist ein besserer Käufer aufgebracht, so steht dem vorigen Meistbietenden frei, um das letzte höhere Angebot das Gut zu behalten. Ein Einstands- oder Wiedereinlösungs-Recht findet nicht Statt.

§. 76.

b) neue bayerische Gesetze.

VI. Durch das Gesetz vom 22. Julius 1819. "einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend" ist rücksichtlich des Subhastationsverfahrens im Concurse verordnet: wenn die minder bevorzugten Gläubiger das Meistgebot, welches auf die zur Masse gehörigen Güter

in den zwei ersten Versteigerungstagen geschlagen wurde, nicht annehmbar finden, so soll noch zur dritten, jedoch unverzüglich auszuschreibenden Versteigerung geschritten werden. Meldet sich auch hiebei kein den Gläubigern annehmlicher Käufer, so soll das Gericht von Amtswegen das Ablösungsrecht (jus delendi) in Anwendung bringen, und zu diesem Ende alle dabei betheiligte Gläubiger auf einen bestimmten Tag vorladen, an welchem sie, ohne weitere Bedenkzeit und ohne daß sie eine vierte Feilbietung verlangen können, der gesetzlichen Ordnung nach sich zu erklären haben, wer das Ablösungsrecht ausüben wolle. Erklärt sich keiner für dessen Ausübung, so ist das Gut dem vorigen Meistbietenden sogleich zuzuschlagen, oder in Mangel eines Angebots nochmal der öffentlichen Versteigerung auszusetzen, bei derselben aber dem Meistbietenden sogleich und unbedingt zuzuschlagen.

VII. Das bayerische Hypotheken-Gesetz vom 1. Junius 1822. schreibt §. 64. vor: Wenn auf die Klage eines Hypothekgläubigers zu Bezahlung einer Hypothekschuld der gerichtliche Verkauf des hypothecirten Guts erkannt worden, so können weder die ihm nachstehenden Gläubiger noch der Schuldner den Hinschlag hindern, wenn das bei der Versteigerung geschehene höchste Angebot den nach Umständen vorher gerichtlich herzustellenden Schätzungspreis erreicht; ausserdem kann jeder Betheiligte noch die zweite, und unter eben dieser Voraussetzung auch die dritte Versteigerung verlangen. Bei der dritten Versteigerung erfolgt der Hinschlag an den Meistbietenden ohne Rücksicht auf den Schätzungspreis. — Jeder Hypothekgläubiger, welcher dadurch seine Forderung ganz oder zum Theil verlieren würde, kann verlangen, daß ihm das versteigerte Gut um das geschehene Meistgebot hingeschlagen werde; hierüber muß der Gläubiger innerhalb acht Tagen, von dem Tage der Versteigerung angerech-

net, bei Verlust des Rechts, vor Gericht sich nicht nur erklären, sondern auch die Mittel zur Befriedigung der ihm vorgehenden Gläubiger nachweisen. Dieser Versteigerungstag aber muß den Hypothekengläubigern oder deren Bevollmächtigten vorher besonders bekannt gemacht werden. In Ansehung dieses Einlösungsrechtes hat der neuere Hypothekgläubiger vor dem ältern, jedoch nur gegen dessen vollständige Bezahlung den Vorzug.

Ferner ist §. 69. verordnet, daß dasjenige, was hier rücksichtlich des Hinschlags bestimmt ist, im Concurse auch bei den übrigen mit einer Hypothek nicht versehenen Gläubigern zur Anwendung komme.

§. 77.
In Würtemberg.

VIII. Nach dem königl. Würtemberg. Executionsgesetz von 1825. ist (Art. 57. bis 65. dann 69. bis 71.) folgendes verordnet: Nach dem Verkaufe eines verpfändeten Gutes ist, wenn die Pfand-Gläubiger durch den Erlös nicht vollständig befriedigt werden können, von denselben die Genehmigung des Verkaufs in möglich kurzer Zeitfrist einzuhohlen. Wird dagegen zum Behuf der Befriedigung einfacher Gläubiger ein Güter-Angriff angeordnet; so müssen dieselben, wenn ihnen durch den ungünstigen Erfolg der Verkaufs-Verhandlung Verlust droht, vor Bestätigung des Contrakts davon amtlich in Kenntniß gesetzt werden, damit ihnen die Möglichkeit anderweiter Anträge offen bleibe. — Erbieten sich die Gläubiger, das Gut um einen höhern Preis anzunehmen; so ist die Einleitung einer weitern Aufstreichs-Verhandlung erforderlich. — Das Wiedereinlösungs-Recht des Schuldners (Schulden-Loosung) ist aufgehoben. Dagegen muß bei jedem Güter-Angriff nach der ersten Aufstreichs-Verhandlung dem Schuldner eine Frist von acht Tagen

urkundlich anberaumt werden, innerhalb welcher er die Anordnung einer neuen Aufstreichs-Verhandlung zu verlangen berechtigt ist. — Der Licitant bleibt (unter gewissen im Gesetz bemerkten Voraussetzungen) auch bei weiterer Versteigerung an sein Wort gebunden. Derselbe ist aber auch befugt, den Bezug der Früchte, und wenn ihm bei der letzten Aufstreichs-Verhandlung das Gut nicht verbleiben sollte, die Vergütung der auf die Früchte sich beziehenden Baukosten gegen Erstattung des Werths der bezogenen Früchte, anzusprechen. Dem Schuldner ist nicht gestattet, eine dritte Aufstreichs-Verhandlung zu verlangen; es wäre denn, daß auch bei der zweiten Versteigerung aus dem Gute nach obrigkeitlichem Ermessen ein mit dem Werthe desselben in gar keinem Verhältnisse stehender Erlös erzielt worden. Auch ist in jedem Falle nach dem zweiten Aufstreich dem Schuldner noch eine Frist von acht Tagen zur Stellung eines bessern Käufers offen zu lassen.

Den Gläubigern dagegen, welche auch in Folge der zweiten Aufstreichs-Verhandlung nicht vollständig befriedigt werden können, steht unbedingt das Recht zu, auf eine abermalige Versteigerung anzutragen. Der Licitant, welchem das Gut in Folge der vorausgegangenen beiden Verhandlungen verblieben war, ist in diesem Falle, so wie überhaupt alsdann, wenn ein dritter Aufstreich angeordnet wird, an sein Gebot nicht länger gebunden. Nach der dritten Aufstreichs-Verhandlung hängt es zwar von den Gläubigern ab, das Gut um einen höhern Preis zu übernehmen; erfolgt jedoch kein solches Gebot, so können sie die Veranstaltung eines anderweitigen Aufstreichs nicht verlangen. Der Schuldner ist zu einem solchen Antrag in keinem Falle berechtiget. — Meldet sich bei wiederholten Aufstreichs-Verhandlungen gar kein Kauflustiger, es erbieten sich aber die Gläubiger, das Gut um

einen gewissen Preis zu übernehmen; so ist solches denselben um diesen Preis, nach erneuertem vergeblichen Versuche zu Erzielung eines höheren Preises, zuzuerkennen. In Ermangelung eines solchen Gebots der Gläubiger, so wie anderer Executionsmittel, ruht die Klage der Gläubiger. Bei jeder erneuerten Aufstreichs-Verhandlung sind die vorgeschriebenen gesetzlichen Förmlichkeiten zu wiederholen, und es ist nach Umständen die Bekanntmachung weiter zu verbreiten. — Der Güter-Verkauf im Concurswege ist entweder unmittelbar vor der Liquidation, oder nach derselben vorzunehmen. Im erstern Falle ist dem Schuldner die Frist von acht Tagen zum Antrag auf eine neue Aufstreichs-Verhandlung erst bei der Liquidation anzuberaumen. Wird von der Gesammtheit der Gläubiger, oder von den Bevorrechteten, der Verkauf nicht genehmigt; so muß eine weitere Aufstreichs-Verhandlung angeordnet werden. Die minder bevorrechteten Gläubiger, welche nach dem Erfolge der Verkaufs-Verhandlung sich mit Verlust bedroht sehen, sind nur dann berechtigt auf abermalige Versteigerung anzutragen, wenn entweder der Licitant nach den deßfallsigen Bestimmungen annoch gebunden bleibt, oder sie selbst einen höheren Preis anbieten und zugleich ihre Zahlungsfähigkeit nachweisen. Ein Auslösungs-Recht steht diesen Gläubigern nicht zu. — Findet sich bei einem Concurse entweder kein Kauflustiger ein, oder wird für die Güter ein so geringer Preis geboten, daß derselbe, nach dem Ermessen des Gemeinde-Raths des Wohnorts und dem Erkenntnisse des Gerichts mit dem Gutswerthe ausser allem Verhältnisse steht; so ist zu Gunsten der hierbei unmittelbar betheiligten Gläubiger, und zwar auf Kosten derselben, eine Administration solcher Güter anzuordnen. Erbieten sich hiernächst diese Gläubiger zur Gutsübernahme um einen bestimmten Preis, oder melden sich andere Kauflustige; so ist eine erneuerte Aufstreichs-Verhandlung einzuleiten.

leiten. Zeigt sich hierbei kein weiterer Kaufliebhaber, und erklären die hievon in Kenntniß gesetzten andern Gläubiger sich nicht für die Uebernahme der Güter um einen höhern Preis; so werden die Güter jenen Gläubigern oder Kauflustigen um den angebotenen Preis zuerkannt.

§. 78.

In Kurhessen.

IX. Hier tritt nach einer Verordnung vom 5. October 1821. c) der Zuschlag im ersten Steigerungstermin nicht ein, wenn nicht das Meistgebot den abgeschätzten Werth erreicht, oder Gläubiger und Schuldner den Zuschlag verlangen. Im zweiten Termin erfolgt der Zuschlag, wenn $^2/_3$ der Schätzung geboten sind; ausserdem kommt es zum dritten Termin, in welchem der Zuschlag immer erfolgt. Nur wenn hier unter der Hälfte der Schätzung geboten wird, hat der Schuldner 2 bis 3 Monate Frist zur Wiedereinlösung.

§. 79.

Im Nassauischen.

X. Nach der erläuterten nassauischen Subhastationsordnung vom 20. Febr. 1751. ist zuvörderst rücksichtlich der vor der Subhastation aufzunehmenden Schätzung bestimmt, daß die Taxatoren den Mittelpreis auszumitteln hätten. Dann soll von diesem Mittelpreise bei wirklicher Vergantung ("als wodurch ohnedieß, wenn selbige ordnungsmäßig geführt werde, der rechte Preis am sichersten ausfindig zu machen sey"), um die Licitanten ans Mahl zu bringen, der vierte Theil herunter gethan und

c) — Aus Mittermaiers Prozeßvergleichung Beitr. III. S. 168. — da ich diese Verordnung selbst einzusehen nicht Gelegenheit gehabt habe.

die übrigen drei Viertel pro primo licito ausgerufen werden. Findet sich kein Licitant, so soll dem Gläubiger das aufgesteckte Gut um den zum ersten Gebote ausgerufenen Preis in solutum adjudicirt werden. Wenn die wirkliche Adjudication erfolgt ist, so steht ausser den Concursfällen dem Schuldner die Auslösung binnen einer peremtorischen Frist von sechs Wochen frei, während welcher Frist er, falls er nicht vor Ablauf derselben der Wohlthat der Reluition sich begibt, periculum trägt, ob er gleich sofort nach der Adjudication ermittirt wird. Wenn bei Subhastationen im Concurse keine Licitanten sich finden, und das aufgesteckte Gut ein und anderem Gläubiger um die Taxe zugeschätzt werden müßte, so soll diese Zuschätzung nebst der Taxe 14 Tage vorher durch einen öffentlichen Anschlag bekannt gemacht und den nachfolgenden Gläubigern mittlerweile ein höheres Gebot zu thun oder einen bessern Käufer aufzufinden freigestellt, nach Ablauf dieser Frist aber mit der wirklichen Adjudication vorgeschritten werden.

§. 80.

Im Oldenburgischen.

XI. Nach der oldenburgischen Hypotheken-, Concurs- und Vergantungs-Ordnung vom 11. Oct. 1814. §. 60. sqq. wird bei dem öffentlichen Verkauf der Grundstücke im Concurse die Taxation und das Gutachten der Aestimatoren zur Grundlage genommen, und dann nach den Umständen das Aufgebot stückweise oder im Ganzen den Vorschlägen des Curators der Concursmasse zu Folge versucht, da denn, wenn auf eine oder andere Weise das höchste Gebot der Schätzung gleich kommt oder diese gar übersteigt, sofort der Zuschlag zu ertheilen ist. Wird aber weniger als die Taxe geboten, so wird der Zuschlag auf 14 Tage ausgesetzt, um immittelst die Erklärung der Gläubiger, welche unbefriedigt bleiben würden, einzuzie-

hen, ob sie in den Zuschlag willigen wollen oder ein zweites Ausgebot in Ansehung dieser Grundstücke verlangen, die nicht zu dem Schätzungspreise haben angebracht werden können. Willigen alle jene Gläubiger in den Zuschlag, so wird dieser unverzüglich ertheilt. Wird aber von einem oder dem andern derselben eine zweite Ausbietung verlangt, so muß wegen der Kosten und laufenden Zinsen, und daß wenigstens das vorige höchste Gebot wieder erlangt werde, sofort annehmliche Caution bestellt werden. Bei dieser erneuerten Feilbietung muß aber der Zuschlag sofort erfolgen, das höchste Gebot mag dem Schätzungspreise gleich kommen oder nicht. Die sonst gebräuchlich gewesene Löse findet überall nicht mehr Statt.

§. 81.

In Preußen.

XII. Hier enthält die allg. G. O. Th. I. Tit. 52. §. 41. ff. unter andern folgende Bestimmungen. Nach Ablauf des peremtorischen Licitationstermins können neue Gebote nicht anders als mit Einwilligung sämmtlicher Interessenten, den Meistbietenden mit eingeschlossen, zugelassen werden. Doch erlangt der Meistbietende hierdurch kein vollkommenes Recht auf den Zuschlag, sondern es hängt nach den hernach bemerkten Bestimmungen noch immer von den Gläubigern ab, entweder in den Zuschlag zu willigen, oder auf Verlängerung der Subhastation anzutragen. Wenn nämlich nach beendigtem Licitationstermin ausgemacht ist, wer der Meistbietende ist, so sind alsdann die Betheiligten zu vernehmen, ob sie in den Zuschlag willigen, oder ob und was sie dabei noch zu erinnern haben. Sind sie über die Annehmlichkeit des Gebots einig, so müssen die Akten sofort zur Abfassung des Adjudicationsbescheides vorgelegt werden. Können sich die bei der Licitation gegenwärtigen Gläubiger nicht ver-

einigen, und es ist der Widerspruch einiger unter ihnen gegen das Quantum des Gebots gerichtet, so kommt es zuvörderst auf die Qualität des Guts an. Ist das subhastirte Grundstück ein adeliges Gut, so muß der Zuschlag geschehen, sobald das Gebot zwei Drittel der Taxe oder mehr beträgt, wenn nicht alle eingetragene Gläubiger einmüthig die weitere Subhastation verlangen, oder wenn nicht der dem Zuschlag widersprechende Gläubiger eine Caution pro quanto minori bestellt oder endlich (unter gewissen Modificationen) ein Credit-System bei der Sache interessirt ist. Wird auf das adelige Gut weniger als zwei Drittel der Taxe geboten und es sind nicht alle Interessenten mit Inbegriff des Schuldners oder seiner Erben einverstanden, so findet der Zuschlag nicht Statt, sondern es ist so zu verfahren, wie wenn im Concurs ein Grundstück nicht an den Mann zu bringen ist. Es werden nämlich die Gläubiger in das für gemeinschaftliche Rechnung verwaltete Gut immittirt und steht dann jedem derselben frei, eventualiter auf seine Kosten die wiederholte Subhastation zu verlangen. — Ist dagegen das subhastirte Grundstück kein adeliges Gut, so muß der Regel nach die Adjudication an den Meistbietenden schlechterdings geschehen, wenn auch das Gebot desselben unter zwei Drittel der Taxe betrüge, und kann nur dann mit der Subhastation weiter verfahren werden 1) wenn sämmtliche eingetragene Gläubiger deßhalb einig sind, da es alsdann auf den Widerspruch der Personalgläubiger, oder des Schuldners selbst weiter nicht ankommt; oder 2) wenn der die Fortsetzung der Subhastation verlangende Gläubiger denen, welche in den Zuschlag willigen, für das Gebot, und für allen aus der Verzögerung des Zuschlags entstehenden Nachtheil zu haften bereit ist, und ihnen deßhalb sofort eine annehmliche Caution bestellt. Selbst der Schuldner kann auf diese Art den Zuschlag aufhalten, wenn er sofort einen tüchtigen Bürgen stellt,

welcher die Caution pro quanto minori zu übernehmen bereit ist. Doch kann der Zuschlag eines adeligen Guts, für welches zwei Drittel oder mehr geboten worden, so wie der eines nichtadeligen für das Meistgebot überhaupt, durch den Widerspruch eines oder etlicher Interessenten und die von ihnen geleistete Caution nur einmal aufgehalten werden. In dem verlängerten Subhastationstermine muß der Zuschlag schlechterdings geschehen; und wenn ein nachstehender Gläubiger, oder auch der Schuldner, demselben widerspricht, die vorstehenden Gläubiger hingegen, welche aus dem Gebote befriedigt werden können, darein willigen; so kann auf den Widerspruch der erstern nur alsdann Rücksicht genommen werden, wenn sie den letztern die bereite Zahlung desjenigen, was sie durch das Gebot erhalten würden, sofort anzuweisen im Stande sind.

§. 82.

Im Anhalt-Dessauischen.

XIII. Die anhalt-dessauische P. O. *d*) von 1822. bestimmt: Erreicht das Meistgebot nicht drei Viertheile der Taxe, so steht es jedem unter den Interessenten frei, sofort im Subhastationstermine und vor Abschluß des Licitations-Protokolls darauf anzutragen, daß ein zweiter Subhastationstermin angesetzt werde, durch welchen Antrag jedoch derjenige, welcher das Meistgebot abgegeben hat, sofort von der Verbindlichkeit, sein Gebot zu halten, gänzlich befreit wird. Bei dieser zweiten Subhastation ist alles dasjenige, was über das Subha-

d) Erläuterung, Veränderung und Zusätze zu einigen Titeln der Anhalt. Landesordnung, deßgl. zu der Prozeßordnung. nebst einem Anhang zu der letztern. Dessau, 1822. 4 (Anhang, Cap. XII. §. 31. ff.)

stationsverfahren verordnet ist, zu beobachten, jedoch mit der Modification, daß 1) nur eine 30tägige Frist zwischen dem Subhastationstermine und dem Tage der Bekanntmachung desselben zu bleiben braucht; 2) der Zuschlag an den Meistbietenden erfolgt, dessen Gebot mag drei Viertheile der Taxe erreichen oder nicht, wenn nur den übrigen Erfordernissen des Zuschlags genügt wird. — Wenn gar kein Gebot im Termine erfolgt ist, oder wegen Mangels der erforderlichen Anzahl von (wenigstens zwei) Licitanten keine gehörige Licitation Statt gefunden hat; so steht es dem Gläubiger, oder wenn deren mehrere sind, jedem unter ihnen frei, sich sofort zu erbieten, das ausgebotene Grundstück für die Taxe anzunehmen, oder darauf anzutragen, daß das Subhastationsverfahren so oft wiederhohlt werde, bis eine gehörige Licitation erfolgt. Im ersten Falle wird der das Grundstück annehmende Gläubiger durch den Zuschlag unwiderruflicher Eigenthümer, und steht dem Schuldner auch in diesem Falle ein Einlösungsrecht nicht zu.

§. 83.

In Oesterreich.

XIV. Die österreichische Gesetzgebung hat in dieser Materie seit der Promulgation der Gerichtsordnung von 1781. mehrmals ihre Ansichten geändert e). Nach §. 326. ff. soll die behufs der Hülfsvollstreckung oder in Concursfällen Statt findende öffentliche Feilbie-

e) Oesterreich. Gerichts-Ordnung, promulgirt durch Patent vom 1. Mai 1781. mit dem Einführungstermin vom 1. Jan. 1782.

J. M. Zimmerl's Handbuch für Richter, Advokaten und Justizbeamte in den k. k. Erbstaaten I. Thl. S. 380. ff. (der 3. Aufl.)

tung nach vorgängiger Schätzung und öffentlicher Bekanntmachung (in welcher der Schätzungswerth auszudrucken *f*) in drei Terminen, jeden von 30 Tagen, erfolgen und wenn das Gut weder bei dem ersten noch bei dem zweiten Termin um den Schätzungsbetrag oder darüber an den Mann gebracht werden kann, bei dem dritten auch unter der Schätzung zugeschlagen, im Fall aber (nach einer spätern Verordnung vom 11. Novbr. 1784. *g*) in der ersten oder zweiten Tagsatzung der Feilbietung der Schätzungswerth geboten würde, zu einer weitern Feilbietung nicht geschritten werden. Der Meistbietende im ersten oder zweiten Licitationstermin ist, wenn ihm nicht der Zuschlag erfolgt, an sein Gebot nicht mehr gebunden. Wenn in den 3 Licitations-Terminen oder in dem dritten kein Käufer erscheint, so hängt es von dem Executionssucher ab, ob er das Gut um den Schätzungswerth übernehmen, oder sequestriren oder ferner feilbieten lassen will. Diese weitere Feilbietung ist durch das Gesetz in keiner Rücksicht beschränkt.

Durch Patent vom 31. Januar 1801. wurde verordnet, daß sowohl in Executions- als in Crida-(Concurs) Fällen der Versteigerung und Veräusserung liegender und fahrender Güter unter dem Schätzungswerthe von nun an in keinem Falle mehr Statt gegeben, sondern wenn bei der dritten Feilbietung zu dem Schätzungswerthe oder zu einem höhern Werthe sich kein Käufer einfinde, das liegende oder fahrende Gut in einem Executionsfalle dem die Execution suchenden Gläubiger auf dessen Ansuchen als sein Eigenthum, in Cridafällen aber den sämtlichen angemeldeten Gläubigern nach Maßge-

---

f) Pratobevera Materialien III. S. 217.

g) Zimmerl S. 388.

bung ihrer Forderungen um den Schätzungswerth eingeantwortet werden solle. Dieses Patent wurde aber durch ein neueres vom 3. März 1806. wieder aufgehoben und obiger Bestimmung der Ger. Ordn. die vorige verbindliche Kraft ertheilt, in Erwägung, daß durch das Wuchergesetz vom 2. Dec. 1803. den übermäßigen Forderungen der Gelddarleiher engere Grenzen gesetzt und die rechtlichen Zinsen auf ein billigeres Maß gesetzt worden, dagegen aber auch die Gerechtigkeit und Belebung des Credits fordere, den Gläubigern zur Erlangung ihrer wahren rechtlichen Forderung die schnellste und wirksamste Hülfe zu leisten; ferner in Erwägung, daß manche Geldbesitzer vom Darleihen durch die Gefahr abgehalten würden, nach Verlauf der Zahlungsfrist, anstatt der baaren Zahlung gegen ihren Willen bewegliche oder unbewegliche Güter des Schuldners und zwar um einen Werth sich einantworten zu lassen, der sich bei dem so veränderlichen Verhältnisse der Baarschaft zu den Gütern durch die Schätzung der Kunstverständigen nicht so zuverlässig, als durch den beförderten Zusammenfluß der Käufer mittelst der öffentlichen Versteigerung erheben lasse.

§. 84.

Noch einige andere hauptsächlich ältere Gesetzgebungen.

Bei den bisher angeführten Bestrebungen mehrerer Gesetzgebungen, und unter diesen der größten Länder Deutschlands, erscheint das Thema wegen Abwendung von Läsionen bei Zwangsveräusserungen bereits so allseitig erörtert, und so reiflich erwogen, daß es wohl weiter keiner Autoritäten zur Ueberzeugung von den Schwierigkeiten, die unsern Gesetzgebungen von jeher in dieser Materie begegnet sind, und als Muster für etwaige weitere legislative Versuche bedarf. Es mag daher die Erwähnung dessen, was in einigen früherhin bestandenen

kleinen deutschen Staaten dießfalls beobachtet wurde, nur des rechtshistorischen Interesse wegen geschehen.

XV. Im vormaligen Fürstenthum Ansbach *h*) sollte in Executionsfällen, das feilgebotene Gut dem Meistbietenden, wenn keine Hoffnung übrig bleibe, daß auf eine andere Zeit ein größeres pretium zu erlangen, zugeschlagen, oder wo sich einige Bedenklichkeit ergebe, an den Justizrath berichtet und gemessene Verordnung eingehohlt werden. Wenn sich aber gar kein Käufer fände, oder das gelegte Gebot handgreiflich zu gering, auch der Gläubiger nicht zur Nachsicht zu bewegen wäre, so solle demselben das Gut auf einige Zeit zur Nutznießung eingeräumt, und so eine bequemere Gelegenheit zu seiner Befriedigung oder zum Verkauf abgewartet, oder, wenn auch dieses nicht thunlich, das Gut demselben um die Schätzung zugeschlagen, dem Schuldner aber die Wiedereinlösung auf ein halbes oder ganzes Jahr vorbehalten werden.

XVI. Im Fürstenthum Baireuth *i*) fand, wenn in Ermangelung eines Käufers dem Gläubiger das Gut für die Taxe in solutum zugeschlagen werden mußte, die Reluition des Schuldners binnen Jahresfrist Statt.

XVII. Im Hohenlohischen *k*) sollte 1) in Executionsfällen, wenn sich nach dreimaliger Feilbietung kein Käufer fände, das Gut dem Gläubiger um die Taxe und 2) im Concurse den sämmtlichen Gläubigern, wie sie in der Ordnung kommen, an Zahlungsstatt adjudicirt

---

h) Prozeßordn. von 1730. Th. I. Tit. 5. §. 4. 5.

i) Corp. constit. Brand. Culmbac. P. II. Vol. I. cap. 5. Sect. 1. Tit. 2. §. 7.

k) Hohenloh. L. R. vom Jahr 1737. VI. Th. 11. Titel.

werden, die sich dann darüber mit einander zu vergleichen oder durch das Loos zu bestimmen hätten, wer das Gut in Natur anzunehmen und seinen Mitgläubigern ihr Gebührniß hinauszuzahlen habe.

XVIII. Im Bambergischen *l*) war verordnet, daß, wenn auf dreimalige Feilbietung das Gut nicht an den Mann zu bringen, dasselbe im Concurse für Rechnung der Masse einstweilen zu verpachten. Fand sich auch in der Folge kein annehmlicher Käufer und ließ sich keiner der Gläubiger in Güte zur Annahme um den tarirten Werth bewegen, so erfolgte der Zuschlag an die "in der Ordnung stehenden" Gläubiger an Zahlungsstatt.

XIX. Im vormaligen Großherzogthum Würzburg *m*) geschah der Zuschlag unter der Bedingung der Stellung eines bessern Käufers binnen 14 Tagen, 4 Wochen, oder 6 Wochen, je nach dem Werthe des verkauften Gegenstandes unter 50 fl. oder bis 200 fl. oder darüber, bis wohin der Licitant an sein Gebot gebunden war, aber auch bei einem Mehrgebote das Einstandsrecht hatte.

XX. Die vormalig großherzoglich frankfurth. Prozeßordnung bestimmte Art. 388. ff. unter andern: Wenn bei der Versteigerung das auf dem unbeweglichen Gut haftende Kapital sammt Zinsen und Kosten durch das geschehene Gebot nicht erreicht wird, so muß der Versuch noch einmal auf einen andern, innerhalb längstens 6 Wochen und kürzestens 4 Wochen festzusetzenden Termin erneuert werden. Zeigt sich hier abermals kein Kaufliebhaber, welcher das Gut um das auf demselben haftende Kapital nebst Zinsen und Kosten übernehmen wollte, so

---

l) Landrecht Thl. II. Verordn. V. Tit. 1. und 4.

m) Verordn. vom 5. März 1808.

ist dasselbe demjenigen, welcher das höchste Gebot gethan hat, zuzuschlagen, dem Gläubiger aber die Rückstands-klage gegen seinen Schuldner vorzubehalten. Hat sich so-wohl bei der ersten als bei der zweiten Versteigerung über-haupt kein Kauflustiger eingefunden, so wird das Unter-pfand dem Kläger auf dessen weiteres Anrufen um die darauf haftende Summe mit Vorbehalt der Rückstands-klage an Zahlungsstatt heimgeschlagen. Will aber in die-sem letztern Falle der Gläubiger von der Rückstandsklage Gebrauch machen, so muß der wahre Werth des auf die-se Art heimgeschlagenen Unterpfands durch verpflichtete sachverständige Taratoren ausgemittelt werden, deren ei-nen der Gläubiger, den andern der Schuldner und den dritten die gerichtliche Versteigerungs-Behörde ernennt. Soviel von den Bestimmungen der Partikularrechte.

Viertes Kapitel.

Kritische Betrachtungen über obige Gesetze.

§. 85.

Ueberhaupt.

Wenn es eine anerkannte Sache ist, daß eine Ver-schiedenheit der Gesetzgebung gerade bei den Gesetzen über das Verfahren nicht zu billigen ist, weil es hier nicht, wie bei den materiellen Gesetzen auf örtliche Eigenthüm-lichkeiten ankommt; so wird man sich leicht überzeugen können, daß die angegebenen gesetzlichen Vorschriften über den in Frage befindlichen Gegenstand schon wegen ihrer Verschiedenheit den Forderungen einer wohlthätigen Ge-setzgebung nicht entsprechen, oder nicht entsprachen, da gottlob manche dieser Territorialgesetzgebungen mit der Territorialherrschaft von selbst aufgehört haben. Dem

sey indessen wie ihm wolle, so erscheinen diese verschiedenen Gesetzgebungen selbst in dieser ihrer Verschiedenheit und in ihren Abweichungen von einander immer interessant, wenn man sie auch nur als eben so viele gewichtvolle Auctoritäten für eine oder die andere Ansicht betrachtet. Denn es ist hier von mehr die Rede als von bloßen Meinungen oder wohl gar Einfällen einzelner Rechtslehrer oder Rechtspolitiker, mehr als von Vorschlägen zu etwa auf gut Glück damit anzustellenden Experimenten; diese Gesetze stehen vielmehr als Produkte des Nachdenkens und der Erfahrung Mehrerer da, als das Resultat mehrseitiger Erörterungen, die wohl selbst in dem kleinsten Staate der Verfassung eines Gesetzes vorangingen. Was aber die Hauptsache ist, so haben sie längere oder kürzere Zeit oft in einem weiten Kreise die Probe der Anwendung bestanden. Zwar ist die Anwendung, wenn sie auch eine große Reihe von Jahren zählt, durchaus nicht immer der Probierstein der Vortrefflichkeit eines Gesetzes. Die Erfahrung lehrt, daß der Mensch endlich auch an das minder gute, ja schlechte sich gewöhnt, oder auch nie gewöhnt, sondern nur gezwungen und mit stetem Murren seinen Nacken unter das Joch der Nothwendigkeit des Gehorchens beugt, wovon uns in der Folge bei der Materie von den erzwungenen Nachlaßverträgen ein merkwürdiges Beispiel begegnen wird, anderer hier nicht zu gedenken. Indessen trifft doch keines der angeführten Gesetze der Vorwurf der Unnatur; es haben wenigstens selbst diejenigen, die in ihren Bestimmungen noch am meisten wider sich haben, durch ihre wenn gleich nicht allerdings zweckmäßige, vielmehr einseitige Humanität gegen die Schuldner und die minder bevorzugten Gläubiger sich in ihrer Art populär gemacht, und so vor dem Richterstuhle der öffentlichen Meinung, wo Schuldner und Gläubiger, und unter diesen wieder minder und mehr bevorzugte zu Gerichte sitzen, gewissermassen eine Stim-

mengleichheit sich erwirkt. Bei manchen Bestimmungen fällt auch das Unangemessene nur als eine Unbequemlichkeit nicht als Härte in die Augen. Dieß ist z. B. der Fall bei der Gestattung einer Frist zum Selbstverkauf und bei dem Zuschlage sub pacto addictionis in diem, was auch in rechtspolitischer Hinsicht dagegen zu erinnern seyn mag, während die Bestimmung, daß mit dem Zuschlage, auch unter der Taxe zu verfahren, den der dabei verliert, empört und den der dabei gewinnt, wenigstens gegen den beunruhigenden Zweifel (wenn sonst seine Natur für dergleichen empfänglich ist) keine Gewährschaft verspricht, daß er auch bei minderer Strenge und Zudringlichkeit und ohne seinen Schuldner und Mitgläubiger so sehr benachtheiligt zu haben, vielleicht sein Bestes zu bedenken im Stande gewesen seyn möchte.

§. 86.

Die Motive, welche die Partikulargesetzgebungen geleitet haben.

Wenn den Urhebern der angeführten Gesetze, wie zu erwarten ist, der Erfahrungssatz sich zur Betrachtung darbot: nicht immer wird auf eine verkäufliche Sache ein deren Werth angemessenes Preisgebot gelegt, und selbst bei öffentlichen Verkäufen ist dieses nur von Umständen zu erwarten, die sehr oft nicht eintreffen; so war wohl nichts natürlicher als die Frage:

> welches sind die Bedingungen, unter welchen die Nachtheile eines bei so ungünstigen Umständen gleichwohl nothwendigen Zwangsverkaufs von dem Schuldner oder den betheiligten Gläubigern abgewendet werden können?

Es wird nämlich hier vorausgesetzt, wie sich überall von selbst versteht, daß die Betheiligten (und dieß sind freilich hier bloß die Gläubiger, da der Schuldner sich

schlechterdings leidend verhalten muß) sich nicht freiwillig entschließen, von dem Verkauf überhaupt oder doch unter solchen Bedindungen abzustehen, daß vielmehr ein Theil derselben den Zuschlag verlangt, besonders bei der Erwägung, daß keine Sicherheit gegeben ist, es würde bei weitern Verkaufsversuchen neben dem Nachtheile der verzögerten Execution auch nur noch ein Kaufgebot, wie das jetzt verworfene, gelegt werden.

Daß von einem eigentlichen Verkauf keine Rede seyn kann, wenn sich überhaupt kein Käufer findet, ist klar. Eben so klar ist es, daß ein Verkauf an den Meistbietenden, so wie überhaupt eine Licitation, wenigstens zwei Bietende voraussetzt. Hier bleibt nur allein die Frage übrig, ob der Verkauf aufgegeben oder weitere Versuche mit Feilbietungen gemacht oder dem Gläubiger, der auf den Verkauf als Executionsmittel angetragen, auf andere Weise, etwa durch Zuschlag des subhastirten Stücks an Zahlungsstatt oder um die Taxe ein Mittel der Befriedigung zu Theil werden soll.

§. 87.

Fortsetzung. Was heißt ein annehmlicher Käufer?

Daß bei zweckmäßiger Behandlung des Feilbietungsgeschäfts, besonders bei vollständiger Bekanntmachung, gar kein Kaufliebhaber sich einfindet, gehört zu den Ausnahmen. Häufiger dagegen tritt der Fall ein, daß, wie man glaubt, nicht genug geboten wird, und daß also die Frage entsteht, ob dem Licitanten auf sein unannehmliches Gebot der Zuschlag geschehen solle oder nicht. Hier muß vor allen der Begriff von einem "annehmlichen Käufer" festgestellt werden. Nennt man einen solchen nur denjenigen, der soviel bietet, daß alle Gläubiger befriedigt werden können (und so scheint es die bayerische Ger. Ordn. zu wollen §. 75 IV.) so ist ein annehmli-

cher Käufer bald sehr leicht, bald aber auch gar nicht zu finden, je nachdem nämlich wenige Forderungen gegen den Schuldner eingeklagt sind, oder deren so viele, daß sie mit dem Werthe des zu verkaufenden Gegenstands nicht in Verhältniß stehen. Der Begriff muß also ein anderer seyn. — Ein annehmlicher Käufer ist unstreitig derjenige, welcher so viel für die Sache bietet als nach den laufenden Preisen der Gegenstände dieser Art billig erwartet werden kann, d. h. den Taxwerth, der eben nach dieser Norm sich richten muß, wenn er ordentlich geschöpft seyn soll. Damit soll indessen keineswegs behauptet werden, daß nicht nach den Umständen auch ein weniger bietender Käufer noch immer annehmlich seyn könne, sobald nicht mit Wahrscheinlichkeit erhellt, daß bei weitern Verkaufsversuchen ein höheres Gebot zu erlangen seyn möchte.

Allein die Executionssucher fragen gewöhnlich nicht darnach, ob das Gebot dem Werthe der Sache angemessen ist, sondern nur, ob sie daraus befriedigt werden können, wenigstens die vorangehenden Gläubiger; die spätern, so wie der Schuldner, wenn dieser anders noch Aussicht hat, daß ihm etwas übrig bleibt, calculiren freilich anders. Ihnen ist nur annehmlich derjenige Käufer, der so viel bietet, als die Sache ihrer Meinung nach werth ist; sie speculiren auch wohl auf Glücksfälle. Natürlich entsteht eben hieraus eine Verschiedenheit der Ansichten und eine Collision von Forderungen, wornach die Einen den Zuschlag, die Andern aber die Fortsetzung der Feilbietung verlangen. Und hier ist es denn, wo die Gesetzgebung zur Schlichtung dieser Meinungsverschiedenheit Normen vorschreiben muß, damit nicht die Einen der Willkühr der Andern Preis gegeben werden. Dieß haben auch die angeführten Gesetzgebungen bald unter diesen bald unter jenen Modalitäten zu realisiren gesucht.

§. 88.

Verschiedene Auskunftsmittel, überhaupt betrachtet.

Bei der Lösung der Aufgabe: unter welchen Bedingungen die Nachtheile eines unter ungünstigen Umständen unternommenen Zwangsverkaufs, also die Folgen eines zu niedrigen Gebots von den hierbei Einbuße leidenden Gläubigern oder auch von dem Schuldner abzuwenden, — boten sich denn zunächst die Betrachtungen dar: wie wenn man dem Besitzer (ausser dem Falle des Concurses nämlich) gestattete, das Gut selbst unter der Hand zu verkaufen? — oder wenn man die Subhastation wiederhohlte? — oder dem Schuldner und den betheiligten Gläubigern vor dem Zuschlage noch eine Frist zur Stellung eines bessern Käufers gönnte? — oder falls der Zuschlag um das zu niedrige Gebot dennoch geschehen müßte, ob nicht dem Schuldner ein Wiedereinlösungsrecht zu gestatten? — oder wenn sich gar kein Licitant fände, ob sich der Gläubiger gefallen lassen müßte, daß ihm das Gut um seine Forderung oder auch um die Schätzung zugeschlagen wird; und hier unter welchen Modificationen rücksichtlich des Ueberschusses des Werths der Sache oder der Forderung? — oder im Concurse, wenn man sämmtlichen betheiligten Gläubigern nach einander, und zwar von dem mindest bevorzugten anfangend, das Gut gegen die Verbindlichkeit zur Uebernahme an Zahlungsstatt dergestalt anböte, daß der, dem das Anerbieten geschieht, die mit ihm gleiches oder ein besseres Recht habenden Mitgläubiger zu befriedigen oder sich seiner Forderung zu begeben hätte (jus delendi).

Diese verschiedenen Vermittelungs-Versuche sollen nun von politischer Seite näher betrachtet werden; denn von Seite der Rechtlichkeit bieten sich deßfalls keine Bedenken dar, da mit dem, was vorher gesetzlich bestimmt und als solches jedermann bekannt ist, niemand Unrecht

gesche-

geschehen kann. Aber erheblich sind die Zweifel gegen mehrere dieser Temperamente von Seiten der Gesetzgebungsklugheit. Am bedenklichsten erscheinen insonderheit alle diejenigen Maßregeln, welche den Kauflustigen die Aussicht beschränken, gegen ein annehmliches d. h. der Taxe angemessenes, oder doch nicht zu weit davon sich entfernendes Gebot das feilgebotene Stück erwerben zu können, — oder die ihnen sonst, wie durch die Verbindlichkeit der Haltung ihres Gebots, selbst wenn der definitive Zuschlag nicht sofort erfolgt, einen lästigen Zwang und eine ungleiche Verpflichtung auflegen.

§. 89.

Gestattung des Selbstverkaufs von Seiten des Schuldners.

Die Gestattung des Selbstverkaufs von Seiten des Schuldners ist das erste Auskunftsmittel, welches sich der Betrachtung darbietet. Damit soll überhaupt der Zwangsverkauf abgewendet werden. Man hat hier nicht ganz ohne Grund angenommen, der Schuldner würde unter der Hand wohl am ersten Gelegenheit finden, einen vortheilhaften Käufer ausfindig zu machen, und er würde sich um solchen ernstlich bemühen, da sein Interesse ihn dazu antreibt, und da er in dem bevorstehenden Zwangsverkauf ein dringendes Motiv vor sich sieht, die Sache nicht, wie man sagt, auf die leichte Achsel zu nehmen. Allein wenn man diese Befugniß in Bayern und in Würtemberg (§. 63.) bloß den Besitzern ansehnlicher Güter eingeräumt hat, so kann man zuvörderst allerdings fragen: warum nur diesen? da der Grund der billigen Rücksicht auch auf die kleineren Besitzungen Anwendung findet, wenn die Rücksicht wirklich eine billige und zweckmäßige ist? Womit soll also dieses gehässige Vorrecht des Großen vor dem Kleinen gerechtfertigt werden? Es

soll, wie v. Gönner n) bemerkt, was sich auch von selbst erklärt, eine Rechtswohlthat seyn, wodurch die Feilbietung aufgehalten wird, da im übrigen dem Besitzer eines unbedeutenden eben so wie des bedeutendsten Guts frei stehe, vor dem öffentlichen Zwangsverkaufe sein Besitzthum privatim zu verkaufen, ohne daß ihm die Gläubiger, wenn sie nur befriedigt werden, dießfalls ein Hinderniß machen können. — Dieß versteht sich nun freilich von selbst. Aber eben weil es sich von einem Vorrecht der Großen handelt, wodurch der Zwangsverkauf aufgehalten wird, der bei dem Kleinen ohne weiters vor sich geht, fragt man billig nach dem Grunde dieses singulären Rechts, und die Antwort: daß dasselbe aus der ältern bayer. Gerichtsordnung entlehnt sey o), wird den Freund der Rechtsgleichheit allein nicht befriedigen.

Aber auch abgesehen von dieser Ungleichheit bleibt noch immer die Frage übrig: ist die Bestimmung überhaupt billig und zweckmäßig? Und hier bietet sowohl die Rechtsanalogie als die Erfahrung wichtige Zweifel und Bedenken dar.

Man hat mit Recht bemerkt, daß diese Befristung, wodurch die Execution in ihrem Laufe gehemmt wird, auf keiner grundhaltenden juristischen Ansicht beruhe; daß sie die Natur eines Moratoriums habe, ohne daß die bei diesem sonst vorausgesetzt werdenden Bedingungen vorhanden zu seyn brauchen. — Aber auch die Erfahrung mißbilligt sie, da dieselbe lehrt, daß die Schuldner diese Frist gewöhnlich ungenützt verstreichen lassen, und statt sich nach einem Käufer umzusehen, die Hände in den Schooß

---

n) im Commentar über das Gesetz vom 22. Jul. 1819. (Erl. 1820.) S. 430.

o) Ebendas. S. 428.

legen, und entweder auf die beliebte Maxime: interim aliquid fit! (kommt der Tag so bringt der Tag!) rechnen, oder auch auf gar nichts weiter rechnen, als nur wieder 3 bis 6 Monate Ruhe vor dem lästigen Andringen ihrer Gläubiger zu haben. Denn wenn die Zeit verstrichen ist, fragt kein Mensch weiter darnach, ob der Schuldner mittlerweile nach einem Käufer sich umgesehen. Wie wollte man auch hinter die Wahrheit kommen? Er braucht sich daher nicht einmal die Mühe zu geben *p*), einen angeblichen Käufer vorstellig zu machen. — Zwar scheint die Sache bei dieser Bestimmung in Bayern nicht gerade zu leicht genommen worden zu seyn, da das Gesetz die Prüfung beider Kammern in der ersten bayerischen Ständeversammlung bestanden hat. Allein wenn man auch darüber keinen Zweifel anregt, ob die Stimmen der Volksvertreter immer auch die Stimme des ganzen Volks und darunter insonderheit aller Einsichtigen sind, vornämlich da, wo es auf Gegenstände einer Wissenschaft oder Kunst ankommt und wo das Urtheil eines Einzigen, der auf den Namen eines Kenners Anspruch zu machen hat, in der Wage der Prüfung leicht mehr ziehen kann, als die Meinung vieler Anderer, die darin vielleicht nur Dilettanten sind: — so kommt doch bei dieser Beistimmung der Vertreter der Nation noch mehr in Erwägung. Es ist nämlich billig nicht ausser Acht zu lassen, daß man mit dem neuen Gesetz keine Radikal-Reform der bestehenden Prozeßordnung beabsichtigte, sondern daß die Absicht der Regierung bloß dahin ging, "diejenigen Gegenstände des Civilprozesses, an welchen entweder eine Erneuerung und Schärfung der bestehenden Vorschriften, oder Verbesserungen und Abänderungen der Bestimmungen der Ge-

p) Mittermaier Prozeßvergleichung. Beitr. III. Seite 165.

richtsordnung zum Besten der Rechtspflege als besonders nützlich oder nothwendig erscheinen, noch vor der allgemeinen Revision der Gerichtsordnung auszuheben, und solche zusammengestellt, in einem Gesetzes-Entwurfe, nach Vernehmung des königlichen Staatsraths, dem Beirath und der Zustimmung der Stände des Reichs vorzulegen" q).

§. 90.

Wiederhohlung der Feilbietung.

Als ein anderes Mittel gegen den Nachtheil eines zu niedrigen Verkaufs wird gewöhnlich die Wiederhohlung der Feilbietung angesehen; und in der That bietet sich dasselbe der Betrachtung zuerst dar, da der nächste Gedanke, wenn der erste Versuch, einen Käufer zu finden, fehlschlägt, natürlich der ist, einen zweiten zu machen. Einige der vorhin angeführten Gesetze haben diese Wiederhohlung sehr beschränkt, andere haben es hierin minder strenge ja bisweilen fast zu lax genommen. Die Wahrheit liegt wie überall in der Mitte. Ein zu strenges Halten an der peremtorischen Kraft des ersten Versteigerungstermins kann leicht die Folge haben, daß für Schuldner und Gläubiger bedeutende Läsionen entstehen, indeß eine wiederhohlte Ausbietung vielleicht noch einen bis jetzt verborgenen Kaufliebhaber herbeigeführt hätte, der im wechselnden Gebote mit dem frühern Meistbietenden natürlich ein ganz anderes, und wie die Erfahrung schon gezeigt hat, bisweilen ein sehr bedeutend günstigeres Resultat bewirkt haben würde. Indessen hat auf der andern Seite die wiederhohlte Feilbietung, zumal bei

---

q) Aus der Rede des Justizministers in der II. Kammer der bayer. Ständeversammlung. Verhandl. der II. Kammer 1819. B. IV. S. 48.

einem schon vorliegenden nicht unbilligen Gebot, eben so oft nur die Kosten vergeblich vermehrt, den Zweck der Hülfsvollstreckung, die Befriedigung der Gläubiger, verzögert und wohl gar verursacht, daß noch weniger geboten wurde als vorher, sofern nämlich der frühere Licitant sich etwa nicht zur Haltung seines Gebots bewegen ließ. — Von der Zweckwidrigkeit eines deßfallsigen Zwangs gegen den Meistbietenden, den einige Executionsordnungen gesetzlich begründet haben, so wie von der Unzulänglichkeit desselben soll nachher die Rede seyn (§. 95.)

Oft wird eine möglichst allgemeine Bekanntmachung der Versteigerung, zugleich mit geräumiger Ansetzung der Strichtagesfahrt, zweckmäßiger seyn, als eine wiederhohlte Feilbietung. So scheint es auch die französische Gerichtsordnung *r*) genommen zu haben, welche ihre Strenge rücksichtlich der peremtorischen Wirkung des Licitationstermins dadurch sehr gemildert hat, daß sie bei der Zwangsversteigerung durch Vervielfältigung der Bekanntmachungsarten Vorsehung getroffen hat, daß der bevorstehende Verkauf so allgemein als möglich bekannt gemacht werden muß, so daß nicht leicht anzunehmen ist, es möchte ein Kauflustiger davon keine Kenntniß erlangen. Auch das k. bayer. Gesetz über die Vereinfachung des Verfahrens bei den Zwangsveräusserungen im Rheinkreise vom 1. Juni 1822 *s*), hat in gleicher Erwägung, während es verschiedene verzögerliche und lästige Formalitäten des dort geltenden französischen Verfahrens abschaffte, gleichwohl es bei den gehäuften Bekanntmachungen gelassen.

---

r) Code de procéd. civ. art. 684. sqq. und 704. sqq.

s) Ges. Blatt 1822. S. 163.

Hierbei finde ich noch zu bemerken, daß die Bekanntmachung der Versteigerung rücksichtlich solcher Güter und Grundstücke, wobei Bauern und Landbewohner interessirt sind, neben der Ausschreibung durch Patente und öffentliche Blätter, durch Verkündigung vor den Kirchthüren und sonst durch Ablesen an bestimmten öffentlichen Orten sehr zweckdienlich ist. Ja sie ist es noch mehr als die Einrückung in Zeitungen und Intelligenzblätter, die der Bauer, besonders in gewissen Gegenden, nicht liest, und als die öffentlichen Anschläge an Gerichtssitzen allein, die vielleicht nur zufällig, wenn er gerade ins Amt geht, ihm zu Gesichte kommen.

Je seltener übrigens die Wiederhohlungen der Feilbietung werden, je weniger man sie auch bei einem billigen, den Umständen sonst angemessenen Gebot auf bloße Speculation, ob nicht etwa doch noch ein besserer Käufer zu erhalten sey, unternimmt, desto mehr läßt sich von der ersten Versteigerung versprechen. Vielleicht ist hier mancher Kauflustige gerade darum ausgeblieben, weil er dachte, es habe mit dem Zuschlag, also auch mit seinem Bieten keine Eile.

Indessen hat die Sache wirklich ihre zwei Seiten, und dieses, sowie die Wichtigkeit des Gegenstandes überhaupt mag es rechtfertigen, wenn noch etwas dabei verweilt wird.

§. 91.

Fortsetzung: a) Gründe gegen die Wiederhohlung der Feilbietung.

Vor allen muß hier erinnert werden, daß das Schwierige der Frage: ob mit weiterer Feilbietung verfahren werden soll, nur dann eintritt, 1) wenn überhaupt eine Licitation Statt fand, also nicht der Fall einer Termins-Vereitelung vorhanden war; 2) wenn das Meistgebot den vol-

len Schätzungswerth nicht erreicht, jedoch auch nicht unter der Hälfte desselben steht. Denn wird die Taxe erreicht, so würde der Versuch der Erzielung eines höhern Gebots eine bloße Speculation seyn, die hier gerade nicht auf Begünstigung Anspruch macht, wo es sich mehr darum handelt, Schaden abzuwenden, als durch Verkauf zu gewinnen. Wird aber nicht einmal die Hälfte der Taxe erreicht, so kann von einem Zuschlag, also von einer peremtorischen Wirkung des ersten Licitationstermins aus den oben (§. 71.) angeführten Gründen nicht wohl die Rede seyn.

Dieß vorausgeschickt, ist im übrigen nicht zu läugnen, und besonders in gewissen Ländern durch eine lange Erfahrung bestätigt, daß mit der Verzögerung des Zuschlags und mit der Wiederhohlung der Feilbietung sowohl in als ausser dem Concurse hin und wieder großer Unfug getrieben worden. Nichts kann mehr geeignet seyn, die Concurse zu verlängern und die Gläubiger, auch im Wege der simpeln Execution, Jahre lang auf ihre Befriedigung warten zu lassen, als wenn die Gesetze hier zu indulgent sind, und wenn es für eine Forderung der Humanität gegen die s. g. Schaden leidenden Gläubiger angesehen wird, wiederhohlte Feilbietungsversuche wegen eines scheinbar zu geringen Gebots anzustellen, unangesehen, daß vielleicht die Schätzung ungeschickt aufgenommen worden ist. Indeß so ein Theil der Gläubiger und der Schuldner sich eiteln Hoffnungen überlassen, erreicht niemand dabei seine Absicht, als Curatoren und Anwälte, deren Interesse fordert, das Schuldenwesen nicht zu bald ausgehen zu lassen. Dieser Ungebühr und besonders den verzögernden Speculationen der, in der Regel gleichwohl durch ihre eigene Schuld in Gefahr des Verlustes versetzten Gläubiger scheinen selbst neuere Gesetze, namentlich das bayerische Hypothekengesetz (§. 76. VII.) nicht wirk=

sam genug vorgebeugt zu haben. Denn wenn dasselbe bestimmt, daß jeder Betheiligte, sobald nicht die Taxe erreicht worden, (ohne weiters) die zweite und selbst die dritte Versteigerung verlangen könne, so sind die Hypotheken-Gläubiger des höhern Rangs hier auf eine sehr bedenkliche Weise der Willkühr ihrer Mitgläubiger ausgesetzt, sobald diese nur ebenfalls ein Hypothekenrecht haben, das sie nach der Hypothekenverfassung gar leicht auf ein auch schon schwer verschuldetes Immobile erlangen können. Im Concurse können diese Befugniß vollends selbst die Chirographarien ausüben *t*). Wie nachtheilig eine dreifache Wiederhohlung der Subhastation werden kann, mag noch folgendes einfache Beispiel lehren. Wenn auf einem für 6000 fl. taxirten Gute der Gläubiger X 3000 fl., Y 2500 fl. Z 1000 fl. auf Hypothek zu fordern haben, so kann der Z, wenn nur 5800 fl. geboten werden, ohne weiters verlangen, daß das Gut noch zweimal subhastirt werde, und er wird es auch nicht unterlassen. Er riskirt freilich, daß noch weniger geboten wird, wenn der Licitant sich nicht dazu versteht, sein Gebot zu halten; allein was riskirt erst der Gläubiger Y dabei? — Ist es nicht weit natürlicher und billiger, daß der Z, wenn ihm das gelegte Gebot zu wenig ist, sich das Gut selbst zuschlagen läßt? Ich rede hier nicht davon, daß es den nachfolgenden Gläubigern in die Hände gegeben ist, auf gut Glück zu speculiren, wenn auch gar keine Hoffnung zu einem günstigern Verkaufe vorhanden ist, sobald an der Taxe auch nur eine Kleinigkeit fehlt *u*).

---

t) Hyp. Gesetz §. 64. 69.

u) Hr. v. Gönner sagt im seinem Commentar über dieses Hypothekengesetz, I. Bd. S. 530.: "Ist der Abstand des Angebots vom Schätzungspreis verhältnißmäßig unbedeutend, zu befürchten, es möchte sich kein solcher Käufer mehr finden und die Mehrzahl der anwesenden Gläu-

Es darf übrigens, ohne gerade den Vorwurf der Inhumanität besorgen zu müssen, wohl behauptet werden, daß der minder bevorzugte Gläubiger, wenn er auch durch einen niedrigern Kaufpreis in Schaden kommt, und dieser bei fortgesetzter Subhastation und durch das dabei vielleicht erzielte höhere Gebot vermindert worden seyn möchte, dieses, in den gewöhnlichen Fällen, wenigstens niemand als sich selbst und seiner mindern Vorsicht beim Creditiren beizumessen hat. Hat er sich leichtsinnig mit dem Schuldner eingelassen, oder hat er sonst (etwa durch Einhandelung einer unsicher stehenden Forderung) ein Wagestück unternommen, so kann er schon nach der Billigkeit nicht verlangen, daß ein vorstehender Gläubiger den Preis seiner mehreren Umsicht und Vigilanz, der in

---

biger nebst dem Schuldner mit dem Hinschlag einverstanden, so halte ich für räthlich, daß der Richter nicht gleich einen neuen Versteigerungstermin ansetzt, sondern vielmehr den nicht anwesenden Gläubigern, oder deren Bevollmächtigten von dem geschehenen Angebot und von der Einwilligung der übrigen Betheiligten in den Hinschlag Nachricht gibt, und sie zur Erklärung innerhalb eines kurzen Termins unter dem, durch die Natur des Geschäfts dictirten Präjudiz auffordert, daß, wenn keine Erklärung erfolgt, die Genehmigung für ertheilt geachtet werde; geschieht hierauf von einem Betheiligten ein Widerspruch, so wird zu einer neuen Versteigerung, ausserdem zum Hinschlag geschritten." — Allein man sieht leicht ein, daß diese Modification besser im Gesetz als im Commentar stünde. Denn wenn gleich der Commentator sagt: modica non curat praetor, so ist doch eben so wahr und hier noch treffender: ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere. Aber auch abgesehen hievon, so wäre auch damit der Verlegenheit nicht abgeholfen, weil ja doch jedem Betheiligten vorbehalten ist, die Sache mit andern Augen anzusehen, als der Richter und die übrigen Interessenten.

dem Vortheile einer gewissen und promten Befriedigung besteht, aufgebe, bloß damit jener etwa doch wenigstens mit heiler Haut davon komme. Die Unbilligkeit eines solchen Begehrens fällt noch mehr auf, wenn man erwägt, daß es keinem Gläubiger gewehrt ist, selbst zu bieten und daß ihn selbst sein Interesse in doppelter Rücksicht, zur Abwendung eines Schadens und zur Erhaltung des Vortheils eines billigen Kaufs, antreibt, mehr zu bieten, wenn anders das von einem Andern gelegte Gebot mit dem Werthe der Sache wirklich nicht im Verhältnisse steht. Aber das glaubt man gerade nicht immer, man hofft nur, es werde bei fortgesetzter Feilbietung vielleicht doch noch ein besserer Käufer sich finden, und da man nichts dabei zu besorgen hat, so kann man es wohl darauf wagen.

§. 92.

b) Gründe für die Wiederhohlung.

Während indessen auf der einen Seite und im allgemeinen die Wiederhohlung der Subhastation manches gegen sich hat, spricht doch auf der andern Seite auch, besonders unter gewissen Umständen, vieles gegen eine zu große Strenge bei der Annahme der peremtorischen Kraft des Steigerungstermins. Schon im allgemeinen zeigt uns

1) die Erfahrung Beispiele genug, daß bei einer weitern Feilbietung öfters erst mehrere Licitanten sich eingefunden haben, wodurch das Versteigerungsgeschäft eine unvermuthet günstigere Wendung nahm. Es mag seyn, daß diese Licitanten vielleicht schon im ersten Strichtermine erschienen wären, wenn derselbe eigentlich peremtorisch gewesen wäre. Allein geradezu und immer läßt sich dieß eben doch nicht behaupten, vielmehr annehmen, daß die wiederhohlte Feilbietung, zumal wenn der Bekanntmachung eine größere Ausdehnung gegeben worden, man-

chen Kaufliebhaber erst von der Feilbietung Kenntniß gegeben hat.

2) Nicht jeder Gläubiger ist in der Lage, selbst bieten zu können. Nehmen wir an, auf ein für 30000 fl. taxirtes Landgut wären 22000 fl. geboten, und von den darauf haftenden 24000 fl. Schulden hätte die letzten 2000 fl., die somit nach obigem Gebot leer ausgehen müßten, eine Predigerswittwe zu fordern. Kann dieser wohl ein menschlich fühlendes Herz das Dilemma vorhalten, entweder ein Mehrgebot zu thun oder ihre Forderung zu verlieren, also entweder sich in ein ihre Kräfte übersteigendes Unternehmen einzulassen, und Ruhe und zeitliches Glück und Alles aufs Spiel zu setzen, oder ihr Kapital mit dem Rücken anzusehen?

3) Es hat aber auch die Geltendmachung dieses Rechts der Mitsteigerung, es mag nun in der Form der simpeln Licitation oder des Einlösungsrechtes nach dem bayerischen Hypothekengesetz, besonders aber mittelst des s. g. jus delendi (§. 75.), von dem mit Verlust bedrohten Gläubiger ausgeübt werden, selbst wenn sich von einem minder großen Unternehmen handelt, noch eigene Schwierigkeiten, je nachdem nämlich der hier auftretende Gläubiger bloß sein eigenes Bestes befördert, der Vortheil ihm allein zu Statten kommt, oder auch Andere dabei mit ihm concurriren. Wenn also auf dem Immobiliare eines Schuldners, welches für 3000 fl. abgeschätzt und worauf 2000 fl. geboten worden, an Hypotheken haften 1000 fl., 800 fl. und 600 fl., so kann der Gläubiger, der die letzte Post zu fordern hat, freilich unbedenklich den Licitanten um 400 fl. überbieten, also bis auf 2400 hinangehen, weil dieß Gebot im Grunde ihm nichts kostet, da er ausserdem 400 fl. an seiner Forderung verlieren müßte, vorausgesetzt, daß sonst kein Befriedigungsobjekt mehr vorhanden ist. Gesetzt aber, es

wären nur die 1000 fl. und 800. fl. Hypotheken und der Gläubiger der 600 fl. hätte neben mehrern Andern nur eine chirographarische Forderung: hier gewänne die Sache schon ein ganz anderes Ansehen. Denn jedes Mehrgebot über das Licitum von 2000 fl. käme nicht ihm, dem Gläubiger der 600 fl., zu Guten, sondern vermehrte nur die Masse, an welcher er mit den übrigen ihm gleichstehenden Gläubigern verhältnißmäßig Theil nimmt. Wäre also mit Inbegriff seiner 600 fl. die Masse der Chirographarien 1800 fl., so würde er mit jedem Gulden, den er mehr böte, seine Forderung nur um 20 kr. besser machen. Wenn übrigens dieser Fall gleich in der Regel nur bei Nichthypothekgläubigern eintreten kann, so kann er doch wohl auch bei Hypothekarien Statt finden, wenn deren mehrere mit gleichem Vorzugsrechte versehen sind, also gleichzeitig die Rechte der Eintragung erlangt haben *v*).

§. 93.

Fortsetzung.

Aus dem Gesagten folgt, daß der Zuschlag unter der Taxe, und wenn man nicht den Versuch einer wiederhohlten Versteigerung zuließe, die minder bevorzugten Gläubiger, die doch nicht immer in dem Falle eines ihnen zur Last zulegenden unvorsichtigen Creditirens sind, sehr benachtheiligen könnte. Noch mehr würde derselbe dem Schuldner, wenn dieser nicht ohnehin concursmäßig ist, vornämlich wenn etwa nur Ein Gläubiger vorhanden wäre, oft zum großen Nachtheile gereichen. Er, der

---

v) Diese einander vorzugsrechtlich gleichstehenden Gläubiger können zwar dießfalls gemeine Sache mit einander machen. (v. Gönners Comment. z. bayr. Hyp. Ges. I. S. 551.) Allein dieß setzt eben voraus, daß sie sich freiwillig dazu entschließen, was nicht immer geschieht.

Schuldner, darf selbst nicht mitbieten; und ein concurrirender Gläubiger ist nicht vorhanden. So hätte es also der Executionssucher, der etwa nur die Hälfte des Gutswerths zu fordern hat (und dieß könnten wohl auch mehrere seyn, wo dann das nämliche Verhältniß einträte:) in seiner Macht, den Zuschlag zu verlangen, gesetzt, daß auch nur die Hälfte der Taxe geboten würde. Hier hälfe sogar nicht einmal die wiederhohlte Feilbietung, weil nach den vorhin recensirten Executionsordnungen selbst denjenigen, die in Ansehung der Wiederhohlung der Subhastation minder strenge sind, der Zuschlag wenigstens bei der dritten Versteigerung ohne Rücksicht auf die Taxe erfolgen muß. Nun gebe ich zwar zu, daß dieser Fall nur selten eintreten wird; allein so lange derselbe doch eintreten kann, sollte die Gesetzgebung auch dafür Vorsehung thun. Für den Fall also, wo die Gläubiger in den Zuschlag für ein unverhältnißmäßig niedriges Gebot willigen, weil sie auch aus diesem befriedigt werden können (denn wenn sie mit Verlust an ihren Forderungen einwilligen, so hat natürlich der Schuldner kein Recht zum Widerspruche, vorausgesetzt, daß sie sich aller weitern Ansprüche an ihn begeben), möchte etwa, selbst zur Vermeidung möglicher Collusionen und Unterschleife, folgende Bestimmung zweckmäßig seyn: wenn auf das feilgebotene Gut ein mit dessen Taxwerth durchaus nicht in Verhältniß stehendes niedriges Gebot gelegt wird, die Gläubiger aber im Wege der Execution, weil sie auch daraus befriedigt werden können, in den Zuschlag willigen, so ist mit diesem dennoch nicht zu verfahren. Es soll vielmehr, wenn deren Forderungen sonst nach Verhältniß des Taxwerthes gehörig gesichert, auch, allenfalls nach dem Urtheile Sachverständiger, ein noch geringeres Gebot in der Folge nicht zu besorgen ist, auf Verlangen des Schuldners die Sache nach den Grundsätzen von Moratorien be-

handelt, somit der Hülfsvollstreckung durch Verkauf so lange Anstand gegeben werden, bis etwa auf eine wiederholte Feilbietung oder auf Verwendung der Gläubiger selbst ein billigeres Gebot erzielt wird.

§. 94.

Der Zuschlag sub pacto addictionis in diem.

Der Vorbehalt der Stellung eines bessern Käufers oder der Zuschlag sub pacto addictionis in diem ist ebenfalls als Temperament gegen die Strenge bei dem Zuschlage unter dem Taxwerth angenommen worden. Wenn die Frist nicht länger als wie nach §. 75. V. nur auf 6 Wochen festgesetzt ist, so muß man billig an einem günstigen Erfolg für den bezielten Zweck zweifeln. Hat sich in der langen Subhastationsfrist kein besserer Käufer gefunden und waren die Bemühungen der Interessenten um einen solchen vergeblich, so ist schon a priori anzunehmen, daß dieß nur ein vergeblicher Zeitverlust ist; aber auch die Erfahrung hat die Richtigkeit dieses Schlusses schon zur Genüge bestätigt. Hierzu kommt aber noch, daß die Kauflustigen, wenn sie auch nur 6 Wochen lang nicht wissen, woran sie sind, unter gewissen Umständen, leicht die Lust zum Bieten verlieren können. Denn es können daraus wirklich Verlegenheiten für manchen entstehen. Nehme man nur an, es werden zu gleicher Zeit von dem nämlichen oder von einem andern Gericht mehrere Verkäufe über ähnliche Gegenstände vorgenommen. Findet der Licitant bei dem einen seine Rechnung nicht, so findet er sie vielleicht bei dem andern. Aber wenn er hier sechs Wochen in Ungewißheit erhalten wird, wenn man ihn nicht von seinem Gebot entbindet und er doch auch nicht auf den Zuschlag rechnen kann, wie kann er anderwärts mit Sicherheit sich auf eine Licitation einlassen?

§. 95.

Ist es recht und zweckmäßig, den Licitanten bei fortgesetzter Versteigerung an sein Gebot zu binden?

Um der Verlegenheit vorzubeugen, daß bei fortgesetzter Subhastation noch ein geringeres Gebot, als schon vorher geschlagen worden, erlangt werden möchte, wovon S. 184. die Rede war, hat man die Bestimmung gemacht, daß der Meistbietende, auch bei Wiederhohlung der Subhastation, so lange bis er überboten würde, an sein Gebot gebunden sey. Es ist nicht zu läugnen, daß dieses als ein sehr nützliches Mittel erscheint, eine weitere Versteigerung gefahrlos versuchen zu können. Auch gegen die Rechtlichkeit desselben läßt sich nichts einwenden, wenn es einmal gesetzlich bestimmt oder vor der Versteigerung ausgemacht worden ist. Die Grenze der addictio in diem, die ausserdem der Ablauf des Licitations-Termins wäre, wird hier nur weiter hinausgesetzt. Allein von rechtspolitischer Seite betrachtet, erscheint die Maßregel zweckwidrig, weil sie die Lust zum Bieten vermindert, auch zwecklos, weil sie der Licitant sofort vereiteln kann, wenn er sein Gebot unter dem Vorbehalt macht, daß ihm der Zuschlag ohne weiters geschehen müsse.

Daher haben achtbare neuere Gesetzgebungen theils ausdrücklich, wie die österreichische, preußische, anhaltische, theils durch ihre übrigen Bestimmungen, indem sie ohnehin den weitern Aufstrich für unstatthaft erkennen, diese Maßregel verworfen. Die würtembergische Executionsordnung hat §. 60. 62. u. 66. folgende Modificationen festgesetzt: Der Verkauf des Executionsgegenstandes ist für den Käufer auch vor dem Eintritte des gerichtlichen Erkenntnisses oder wenn eine weitere Rücksprache mit den Gläubigern vorbehalten worden, verbindend. Ist aber nur ein vorläufiger Kaufsabschluß

vor dem eigentlichen Termin der Versteigerung unter Vorbehalt derselben oder weiterer Vernehmung der Betheiligten erfolgt, so bleibt der Käufer bis zum Eintritte dieser Bedingung nur dann gebunden, wenn er nicht binnen 14 Tagen das Recht der Reue ausübte. Dieß kann er jedoch nicht, wenn er auf dieses Recht Verzicht geleistet hat oder wenn jener Vorbehalt dem Contrakt in der Form einer auflösenden Bedingung beigefügt worden. Wird eine dritte Versteigerung angeordnet, so ist der Licitant, dem das Gut bei den vorigen Aufstrichen verblieben war, an sein Gebot nicht länger gebunden. Der solchergestalt an sein Gebot gebundene Licitant genießt die Früchte des Guts und kann, wenn es ihm bei dem letzten Aufstrich nicht verbleibt, die Vergütung der darauf verwendeten Baukosten gegen Erstattung des Werths der bezogenen Früchte fordern.

§. 96.

Das Reluitionsrecht.

Ist der Behelf mit der Stellung eines bessern Käufers zweckwidrig und zur Abschreckung der Käufer geeignet, so ist dieß noch in einem höhern Grade das dem Schuldner verstattete **Wiedereinlösungsrecht**. Ueber die römisch-rechtlichen Bestimmungen deßfalls ist §. 58. zu vergleichen. Nach sächsischem Recht §. 64. 74. findet dieses Wiedereinlösungsrecht für den Schuldner in dem Falle Statt, a) wenn sich im Versteigerungstermin **nur ein** Licitant einfand und der Richter also sich mit demselben eines billigen Preises zu vergleichen suchen mußte, (was freilich überhaupt eine sonderbare, dem Wesen der **Versteigerungs**handlung widersprechende Bestimmung ist) oder b) wenn in Ermangelung jedes Käufers der Zuschlag an den Gläubiger in solutum geschehen mußte, also überhaupt wenn keine ordentliche Versteigerung Statt fand.

fand. Auch im Ansbachischen und Baireuthischen (§. 84. n. XV. u. XVI.) galt das Wiedereinlösungsrecht nur in dem Falle des Zuschlags an den Gläubiger um die Taxe. Nach dem bayer. Judiciarcodex (§. 75.) gilt es aber sogar alsdann, mit einer vom Richter vorbehaltenen Frist von einem halben oder ganzen Jahr, wenn einem Dritten der Zuschlag um ein gar zu weit unter der Taxe stehendes Gebot geschehen mußte. Mit einer Frist von 2—3 Monaten wird auch in Kurhessen dem Schuldner das Reluitionsrecht vorbehalten, wenn nicht die Hälfte der Schätzung erlangt worden ist (§. 78.).

Dieses Auskunftsmittel des Wiedereinlösungsrechts wegen eines zu niedrigen Gebots ist durchaus zweckwidrig. Ist dieses Gebot wirklich so gering, daß es mit der Schätzung in keinem Verhältnisse steht, so ist wohl beinahe in der Regel anzunehmen, daß die Schätzung nichts taugt, und daß man dabei von dem Grundsatz abgewichen ist, daß die Sache nur soviel werth ist, als sie verkauft werden kann, oder mit andern Worten, daß man bei Werthsanschlägen vornämlich auf den möglicherweise zu erlangenden Preis Rücksicht zu nehmen habe. Denn es mögen die Taxatoren zum Besten des Schuldners oder der Gläubiger zur Zeit der gesunkenen Güterpreise auf den frühern Preis und auf die mögliche Rückkehr besserer Zeiten noch so viel Werth legen, sie werden damit einen vorsichtigen Käufer nicht blenden. Aber es kann weder an der Taxe noch auch, was allerdings von großem Einflusse ist, an der gehörigen Bekanntmachung fehlen und dennoch kein dem Werthe angemessenes Gebot erzielt werden, aus zufälligen Umständen, die nicht in dem gesunkenen Güterpreise allein auch nicht in Eigenheiten des Guts überhaupt liegen, denn beides wäre bei der Schätzung auch zu berücksichtigen gewesen. Ergibt sich also ein so ungünstiger Erfolg, so liegt der Grund davon

entweder darin, daß überhaupt keine Licitanten erschienen sind, oder daß die erschienenen mehrern Kauflustigen zu keinem angemessenen Gebote sich verstehen. Ist ersteres der Fall, so findet aus Mangel an Licitanten überhaupt keine Versteigerung Statt, der Strichtermin ist vereitelt (§. 71.) und es muß, wenn die Interessenten nichts anderes beschließen, eine weitere Feilbietung eintreten. Da also der nothwendige Zuschlag an die Gläubiger in solutum wegfällt, so kann auch von einer Reluition keine Rede seyn, da nämlich wo selbige nach der richtigern Ansicht noch Platz greift, d. h. da, wo keine Versteigerung Statt gefunden.

Ist aber das zweite der Fall, finden sich zwar Licitanten ein, sie wollen aber zu einem angemessenen Gebot sich nicht verstehen, (was immer Verdacht einer Gefährde (§. 72.) erregt, weil von mehrern Kauflustigen nicht wohl anzunehmen ist, daß sie Einem von ihnen ohne weiters den Vortheil, um ein Spottgeld zu kaufen, überlassen sollten) so wird auch hier die Nothwendigkeit eines Reluitionsvorbehaltes nicht leicht eintreten. Denn es sind nur drei Fälle möglich, entweder 1) der Besitzer ist schon über Kräfte verschuldet, dann kommt es zum Concurse und an eine Wiedereinlösung von seiner Seite ist ohnehin nicht zu denken, oder 2) es erfolgt die Feilbietung auf Andringen mehrerer Gläubiger, obschon ohne Verschuldung; hier werden diese schon selbst das Gut nicht bedeutend unter seinem Werthe weglassen, weil es an ihnen ausginge. Gesetzt also auf das für 4000 fl. richtig tarirte Gut wurden nur 2000 fl. geschlagen, es hätte aber A. 1800 fl. und B. 1000 fl. darauf zu fordern, so wird es der letztere gewiß nicht zum Zuschlage kommen lassen. Wäre aber endlich 3) der Fall, daß eines oder auch mehrerer auf Zahlung andringender Gläubiger Forderungen zusammen so weit unter dem Werthe des Guts stünden, daß sie selbst aus dem gebotenen Spottpreise befriedigt

werden könnten, so werden freilich die Gläubiger, da sie kein Interesse bei der Sache haben, den Zuschlag genehm zu halten sich nicht bedenken, der nur den Schuldner gefährdet. Allein unter solchen Umständen wird sicher der nur so weit verschuldete Besitzer noch auf andere Weise Rath schaffen können, wenn er sich gehörig umthut. Auch kann hier noch auf andere Weise Vorsehung getroffen werden (vergl. §. 93.). Ueberall erscheint also das Auskunftsmittel mit dem Wiedereinlösungsrecht als zweckwidrig oder doch zwecklos, und hievon haben sich auch die neuern Gesetzgebungen fast einstimmig überzeugt.

§. 97.

Zwangsweiser Kauf.

Wenn sich kein Käufer findet, so bestimmen einige Gesetze, daß der Gläubiger das subhastirte Stück um die Taxe (§. 74. §. 84. XV. XVII. XX.) oder wenn es das einzige Executionsobject ist, in solutum (§. 75. IV. §. 79. §. 84. XVI.) übernehmen müsse. Aber warum sollte sich der Gläubiger hier ein Gut aufnöthigen lassen, das er vielleicht nicht brauchen kann? Lasse man ihm die Wahl selbst zu bieten, und wenn er nicht will, so sistire man die Execution. Zweckmäßig bestimmt daher das Würtemberg. Executionsgesetz Art. 63.: wenn bei wiederhohlten Aufstreichs-Verhandlungen gar kein Kauflustiger sich meldet, auch die Gläubiger das Gut um einen gewissen Preis zu übernehmen, sich nicht erbieten, und andere Executionsmittel nicht vorhanden sind, so ruht die Klage der Gläubiger. — Anders verhält sich die Sache im Concurse. Hier muß, weil sonst das Schuldenwesen nicht ausgehen würde, ein anderes Auskunftsmittel getroffen werden; und dießfalls bestimmt die preuß. Gerichtsordnung *w*) zweck-

w) Thl. I. Tit. 50. §. 583. 585. ff.

mäßig, daß, wenn das zum Concurse gehörige Grundstück aus Mangel an Kauflustigen nicht veräussert werden könne, den Gläubigern frei stehe, auf Distribution der Masse und auf Anweisung in die Einkünfte des Grundstücks anzutragen, daß aber, so lange ein solcher, auch von einem einzelnen Real- oder Personal-Gläubiger zulässiger Antrag nicht erfolge, die Ausbietung des Grundstücks und in der Zwischenzeit die gemeinschaftliche Verwaltung desselben fortzusetzen. Erfolgt auf den Antrag eines Gläubigers die Anweisung in die Einkünfte, so kann hiernächst jeder Gläubiger, jedoch eventualiter nur auf seine Kosten, auf Wiederhohlung der Subhastation antragen.

Das jus delendi (§. 75.) ist nichts anders als ein Nöthigen der Gläubiger zum Kauf in vorzugsrechtlich aufsteigender Richtung unter dem Rechtsnachtheile des Aufgebens ihrer Forderung. Das Bedenkliche dieses Mittels, besonders wenn es gegen Gläubiger angewandt wird, die mit mehrern auf gleicher Rangstufe stehen, geht aus dem vorhin §. 92. a. E. Gesagten hervor. Dazu kommt aber auch noch das Verzögerliche, das nothwendig eine Folge der mit der annehmenden Erklärung eines Gläubigers verbundenen Nothwendigkeit einer jedesmaligen neuen Feilbietung ist, und endlich die Härte, die in der Anwendung überhaupt liegt, da dieses Recht nur dem Reichen günstig ist *x*). Denn die Erfahrung hat gelehrt, daß gewöhnlich die letzten Gläubiger, weil sie nicht soviel Geld haben, um die ihnen vorgehenden zu befriedigen, das Gut einem frühern reichen Gläubiger überlassen müs-

---

x) v. Gönner im Comment. z. Gesetz von 1819. ad §. 57.
v. Weber über das bayer. Credit- und Schuldenwesen. S. 238.

sen, welcher natürlich dann dasselbe für einen um so viel wohlfeilern Preis, dagegen mit so größerem Verlust für die spätern, mit ihren Forderungen ausgestrichenen, Gläubiger bekommt, als man auf dieser fatalen Leiter höher hinaufsteigen muß.

Fünftes Kapitel.

Recapitulation und Vorschlag.

§. 98.

Recapitulation.

Fasset man das nur von den bedeutenderen deutschen Gesetzgebungen bis jetzt Angeführte in eine kurze Uebersicht zusammen, so findet man über die peremtorische Kraft und die Wirkungen des Licitationstermins folgende verschiedene Bestimmungen.

1) Der Licitationstermin ist peremtorisch und von einer Erneuerung der Feilbietung keine Rede. Es geschieht vielmehr demjenigen, der mit dem Ablaufe der Strichtagesfahrt oder Schlag zwölf Uhr Mittags das Meiste geboten hat, der Zuschlag, ohne weitere gesetzliche Vorsehung zur Abwendung von Läsionen für die dabei betheiligten Gläubiger oder den Schuldner. Diesem letztern bleibt ein Reluitionsrecht oder die Stellung eines bessern Käufers auf sechs Monate nur dann vorbehalten, wenn keine eigentliche Steigerung Statt gefunden, d. h. wenn das Gut einem einzelnen Kauflustigen im Wege der Behandlung, oder den Gläubigern um die Schätzung an Zahlungsstatt, überlassen wurde. (I. II. §. 74.)

2) Zuschlag an den Meistbietenden im ersten und einzigen Licitationstermin; der Gläubiger kann nur in Ermangelung anderer Licitanten bieten und den Zuschlag

auf Abrechnung oder in Abschlag seiner Forderung verlangen. Will auch er kein Gebot thun, so erfolgt die Schätzung und nochmalige Feilbietung, wobei, wenn sich kein Licitant findet, der Zuschlag an den Gläubiger an Zahlungsstatt geschehen muß, jedoch nur um eine auf seinen Antrag etwa neu aufzunehmende Taxe. Bloß in diesem Falle hat der Schuldner und seine Erben das Wiedereinlösungsrecht binnen Jahresfrist. (III. §. 74.)

3) Ebenfalls strenges Halten über der peremtorischen Kraft des Licitationstermins; dann aber a) in Executionsfällen Zuschlag an Zahlungsstatt an den Gläubiger, wenn er allein und sonst kein Executionsgegenstand mehr vorhanden ist, in dem Falle da sich gar kein Käufer, oder kein solcher findet, dessen Angebot die Forderung übersteigt. Dem Schuldner kann übrigens von dem Richter bei einem allzugroßen Mißverhältnisse des Zuschlagpreises zu dem Schätzungswerthe das Wiedereinlösungsrecht auf ein halbes oder ganzes Jahr im Adjudicationsbescheid vorbehalten werden. b) Im Concurse tritt in Ermanglung eines annehmlichen Käufers das Ablösungsrecht oder jus delendi ein. (IV. §. 75.)

4) Gegen den Nachtheil eines zu geringen Gebots schützt weder ein Wiedereinlösungsrecht, noch eine wiederhohlte Feilbietung, sondern nur der Vorbehalt der Stellung eines bessern Käufers binnen 6 Wochen. (V. §. 75.)

5) Im Concurse Wiederhohlung der Versteigerung, dann Ablösungsrecht. Wenn nämlich im ersten und zweiten Licitationstermin kein den Gläubigern anständiges Gebot geschlagen worden, so ist ein dritter auszuschreiben und wenn sich auch hier kein annehmlicher Käufer findet, so wird zur Anwendung des Ablösungsrechts geschritten. Meldet sich nun kein Gläubiger zu dessen Aus-

übung, so erfolgt der Zuschlag an den vorigen Meistbietenden, in Ermangelung eines Gebots aber eine nochmalige Ausbietung mit der Wirkung des unbedingten Zuschlags an den Meistbietenden. (VI. §. 76.)

6) Wenn der Schätzungspreis nicht erreicht wird, erfolgt auf Verlangen jedes Hypothekgläubigers (im Concurse jedes Gläubigers überhaupt) eine zweimalige Wiederhohlung der Feilbietung, bei der letzten aber der Zuschlag an den Meistbietenden ohne Rücksicht auf die Taxe, vorbehältlich des binnen acht Tagen von jedem zu Verlust kommenden Hypotheken- (beziehungsweise auch einfachen) Gläubiger geltend zu machenden Einlösungsrechts. (VII. §. 76.)

7) Es wird sowohl in simpeln Executions- als in Concursfällen, solange der Schätzungspreis nicht erreicht wird, in allen jedoch nur dreimal der Executionsgegenstand zur Versteigerung gebracht; im dritten Termin erfolgt der Zuschlag auch unter der Schätzung. Findet sich gar kein Kauflustiger, so hängt es von dem Executionssucher, und in dem Concurse von sämmtlichen Gläubigern ab, das Gut um den Schätzungspreis zu übernehmen. (XIV. §. 83.)

8) Die Versteigerung wird, wenn im ersten Termin nicht die volle Taxe, im zweiten nicht $^2/_3$ derselben erlangt worden, zweimal wiederhohlt. Im dritten Termin geschieht der Zuschlag unbedingt, doch wird dem Schuldner, wenn nicht die Hälfte der Taxe geboten wird, auf 2 bis 3 Monate das Wiedereinlösungsrecht vorbehalten. (IX. §. 78.)

9) Es findet gleich anfangs eine Specialsubhastation mit dem Ausgebot von $^3/_4$ des Schätzungspreises Statt. Erfolgt weiter kein Licitum, so wird das Gut um dieses Ausgebot dem Gläubiger an Zahlungsstatt zugeschlagen,

vorbehältlich des Wiedereinlösungsrechts des Schuldners binnen 6 Wochen. Im Concurse erfolgt die Zuschätzung des Guts, wenn sonst kein Gebot geschieht, an die Gläubiger, jedoch erst nach vorhergehender 14tägiger öffentlicher Bekanntmachung zum Behuf der Stellung eines bessern Käufers oder Legung eines höhern Gebots von Seiten der nachfolgenden Gläubiger. (X. §. 79.)

10) Wenn die Taxe im Licitationstermin nicht erreicht wird, so können die unbefriedigten Gläubiger zusammen, und gegen Caution auch nur einer allein, eine zweite Feilbietung verlangen, wobei aber der Zuschlag schlechthin erfolgen muß; ein Wiedereinlösungsrecht findet nicht Statt. (XI. §. 80.)

11) Es erfolgt in dem peremtorischen Bietungstermin der Zuschlag schlechthin um das Meistgebot, wenn nicht 1) auf ein adeliges Gut weniger als zwei Drittheile der Taxe geboten worden, oder 2) alle eingetragene Gläubiger die Fortsetzung der Subhastation verlangen oder 3) wenn der dem Zuschlag widersprechende und auf Wiederhohlung der Feilbietung antragende Gläubiger oder Schuldner für den Fall des Minder-Erlöses Caution aufrecht macht, endlich 4) wenn ein Creditsystem bei dem Verkaufe betheiligt ist. Doch kann in dem Ausnahmsfall ad 3. der Zuschlag, in welchen die übrigen Interessenten willigen, nur einmal aufgehalten werden, wenn nicht die aus dem Gebote zu befriedigenden und daher einwilligenden Gläubiger durch baare Zahlung abgefunden werden können. Findet sich gar kein Käufer, oder bei adeligen Gütern nur ein Gebot unter $^2/_3$ der Taxe, so tritt die Immission ein, mit der Befugniß jedes immittirten Gläubigers, auf weitere Subhastation, eventualiter jedoch auf seine Kosten, anzutragen. (XII. §. 81.)

12) Der Zuschlag kann im ersten Steigerungstermin

nicht erfolgen, wenn nicht 3/4 der Taxe erlangt werden und die Interessenten deßhalb auf weitere Versteigerung antragen. Im wiederhohlten Licitationstermine muß der Zuschlag schlechterdings erfolgen. Hat keine förmliche Licitation Statt gefunden, so kann jeder Gläubiger den Zuschlag um die Taxe oder eine weitere Feilbietung fordern. Ein Wiedereinlösungsrecht für den Schuldner ist überall unstatthaft. (XIII. §. 82.)

13) Auf Verlangen der Gläubiger findet selbst eine dritte Versteigerung Statt. Findet sich kein Käufer, so legen entweder die Gläubiger selbst einen bestimmten Preis, oder nicht. Im ersten Falle wird ein nochmaliger Aufstrich verfügt, und wenn sich kein Mehrgebot ergibt, so geschieht der Zuschlag an die Gläubiger um ihr Gebot. Im zweiten Falle ruht die Execution in das feilgebotene Stück, indem ein Zuschlag an Zahlungsstatt nicht Statt findet. Auf Verlangen des Schuldners ist nur einmalige Wiederhohlung der Versteigerung zulässig, eine dritte Feilbietung aber nur in dem Fall eines ganz unverhältnißmäßigen Angebots. Im Concurse kann der Schuldner ebenfalls eine Wiederhohlung des Aufstrichs begehren; was die Gläubiger anlangt, so sind sie nur entweder in ihrer Gesammtheit oder die Bevorrechteten befugt, auf weitere Versteigerung anzutragen, die minder Bevorrechteten aber (sowie ausser dem Concurse die nachstehenden Hypothekarien) nur dann, wenn entweder der Licitant nach den deßfallsigen gesetzlichen Bestimmungen (vergl. oben §. 95.) noch an sein Gebot gebunden bleibt, oder sie selbst bei hinlänglicher Zahlungsfähigkeit einen höhern Preis bieten. Wird gar kein oder ein ganz unverhältnißmäßiges Gebot gelegt, so tritt eine Administration der Güter zum Besten der unmittelbar betheiligten Gläubiger und auf Kosten derselben ein. Wenn diese sich hiernächst zur Uebernahme um einen bestimmten Kauf-

preis verstehen oder andere Käufer sich melden, so erfolgt der Zuschlag, sofern auf die hierauf nochmals unternommene Versteigerung niemand mehr bietet. Ein Wiedereinlösungsrecht des Schuldners findet so wenig Statt als ein Auslösungsrecht der Gläubiger. (VIII. §. 77.)

§. 99.

Vorschlag.

So schwer es hält, wie ich mich wohl bescheide, da, wo schon so viele ausgezeichnete Bemühungen so manches zu wünschen übrig gelassen haben, mit einiger Zuversicht einen neuen Vorschlag zu machen, so will ich es doch versuchen, und über die hauptsächlich kritischen Punkte, wovon bis jetzt die Rede war, überhaupt über die Hauptmomente einer Executionsordnung, soweit sie unbewegliche Güter zum Gegenstande hat, folgenden Entwurf der nähern Prüfung übergeben.

1) Ehe es im Wege der Execution zum Verkauf eines unbeweglichen Guts kommt, ist dem Schuldner je nach dem Betrage der Schuld und dem Werthe des zur Hülfsvollstreckung bestimmten Gegenstandes noch eine 1—3 monatliche Frist zu gestatten, um die erforderlichen Mittel zur Befriedigung des Executionssuchers herbeizuschaffen, und dadurch den Zwangsverkauf abzuwenden.

Diese Verfügung schließt indessen die nach den Umständen nothwendig werdenden Sicherungsmaßregeln für den Gläubiger nicht aus.

2) Ist die Frist verlaufen und der Nachweis der Befriedigung oder weitern Nachsichtsgestattung des Gläubigers nicht beigebracht, so ist ohne weiters mit Einleitung des Subhastations-Prozesses zu verfahren.

Kann indessen der Schuldner vor Ablauf jener Frist glaubhaft darthun, daß er bei deren Verlängerung den

Zweck der Befriedigung des Gläubigers zu erreichen, gegründete Aussicht habe, so ist ihm die Frist, jedoch längstens auf die Hälfte der ersten Dauer zu erstrecken, wenn der Gläubiger nicht in eine weitere Verlängerung einwilligt.

3) Auch wenn der Schuldner nach schon eingeleiteter Feilbietung und selbst noch im Licitationstermin, sofern nur noch nicht die Einwilligung in den Zuschlag an einen Käufer erfolgt ist, den Subhastations-Extrahenten zufrieden stellt und die Kosten erstattet, wird die Subhastation unterbrochen.

4) Jede Subhastation setzt die Schätzung des feilzubietenden Gegenstandes voraus. Von der Verhandlung sind der Executionssucher, die Hypothekengläubiger und der Schuldner in Kenntniß zu setzen, um derselben beiwohnen und ihre Erinnerungen dabei machen zu können, zu deren Abgabe ihnen auf Verlangen eine präclusive Frist von 8—14 Tagen zu verwilligen ist.

Erscheinen diese Betheiligten nicht, so ist, wenn anders deren Ausbleiben kein Hinderniß macht, mit der Schätzung gleichwohl zu verfahren, den Nichterschienenen aber von dem Ausfalle derselben mit der Bemerkung, wo sie die gepflogenen Verhandlungen einsehen können, schriftlich Kenntniß zu geben. Kommen sie dann noch binnen 8 Tagen mit Erinnerungen ein, so ist darauf gehörige Rücksicht zu nehmen.

5) Die Erinnerungen hat das Gericht sorgfältig zu prüfen und entweder, im Falle der Unstatthaftigkeit, mittelst Decrets zu verwerfen, oder ausserdem das Erforderliche zur Berichtigung der Schätzung, allenfalls mit Zuziehung anderer Taxatoren, unverzüglich einzuleiten. Gegen den gerichtlichen Beschluß findet nur ein einfacher

Recurs und gegen die oberrichterliche Entscheidung darüber kein weiteres Rechtsmittel Statt. Uebrigens ist den Käufern zwar für das Daseyn der zum Verkauf ausgesetzten Gegenstände nach den Grundsätzen vom Aversionalkaufe, nicht aber für die Richtigkeit der durch die Schätzung erhobenen Werthsanschläge die Vertretung zu leisten.

6) Die Subhastationsbekanntmachung muß neben der summarischen Erwähnung der Realitäten und Lasten auch die geschöpfte Taxe enthalten, und durch Anschlagung von Patenten und wiederhohlte Einrückung in die öffentlichen Blätter, auch sonst durch Verkündigung an öffentlichen Orten, zur möglichst allgemeinen Kenntniß gebracht werden *y*).

7) Der Licitationstermin ist nach Verhältniß des Werths des feilgebotenen Stücks auf ein bis drei Monate zu bestimmen.

8) Die Versteigerung erfolgt in der Regel am Orte der gelegenen Sache. Sie beginnt Vormittags um 9 Uhr und dauert bis Mittags 12 Uhr. Sie soll aber auch an demselben Tage Nachmittags bis zu Ende der Gerichtszeit fortgesetzt werden, wenn wahrscheinliche Hoffnung ist, daß sich mehrere Bietungslustige einfinden. Der schon Vormittag gemachte Abschluß des Versteigerungsgeschäfts muß also durch einen, dem Protokoll anzuhängenden, motivirten Beschluß gerechtfertigt werden.

9) Zum Bieten ist jeder sonst zahlungsfähige Gläubiger gleich einem jeden Andern befugt. Dagegen wer-

---

y) Nach den deßfalls, besonders mit Rücksicht auf den zu verkaufenden Gegenstand gesetzlich näher zu bestimmenden Modalitäten.

den als Bietende der Schuldner, so wie der Curator im Concurse als solcher, nicht zugelassen, wohl aber kann für jenen ein Anderer bieten, welcher sich den Bedingungen des Zuschlags zu unterwerfen bereit und im Stande ist.

10) Wenn sich im Versteigerungstermin a) nicht wenigstens zwei Licitanten einfinden oder b) eine Verabsäumung nothwendiger und bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebener Förmlichkeiten ergibt, so ist der Termin vereitelt und eine neue Feilbietung nothwendig. In dem Falle ad b) richtet sich die Wiederhohlung nach der Beschaffenheit des Verabsäumten; ausserdem ist, wenn nicht alle Interessenten mit Einschlusse des Schuldners und im Concurse des Curators etwas anderes beschließen, die Subhastation mit Einhaltung aller gesetzlich vorgeschriebenen Bekanntmachungsarten und der bestimmten Feilbietungsfrist zu wiederhohlen.

Nichtigkeiten des Verfahrens, die erst nach der Adjudikation zum Vorscheine kommen, stehen der Rechtskraft des Zuschlags nicht entgegen.

Ist nur der Mangel an Licitanten Ursache des vereitelten Termins, so hängt die Art der Wiederhohlung der Feilbietung von dem Ermessen der Gläubiger ab. Auch kann hier der Bekanntmachung nach den Umständen eine weitere Ausdehnung gegeben werden.

11) Erreicht das Meistgebot die Taxe auch nur beiläufig, so sind die Akten zur ungesäumten Abfassung des Adjudikations-Erkenntnisses vorzulegen, wenn auch nur Ein Hypothekgläubiger den Zuschlag verlangt, von den übrigen Betheiligten aber, binnen einer selbigen vorzubehaltenden präclusiven Frist von acht Tagen, niemand sich zu einem Mehrgebot erklärt hat.

12) Wird die Taxe nicht erreicht, so kann nicht nur jeder Hypothekgläubiger, sondern auch der Schuldner eine wiederhohlte Feilbietung verlangen.

13) Einfache Gläubiger können den von den Hypothekgläubigern beschlossenen und von dem Schuldner nicht widersprochenen Zuschlag an den Meistbietenden ausser a) einem Mehrgebot, nur b) durch Bestellung einer Sicherheit wegen des etwaigen Mindererlöses bei weiterer Feilbietung oder auch c) durch einen gehörig begründeten Antrag auf Concurseröffnung über den Schuldner abwenden. Erfolgt auf einen solchen Antrag die Erkennung des Concurses, so wird dadurch der Zuschlag, so wie die Execution selbst, sistirt.

14) Ist von dem feilgebotenen Gute nur noch ein Viertheil des Taxwerthes von Hypothekschulden frei, so kann bloß der von Seiten eines Hypothekgläubigers geschehene Antrag auf Concurs-Eröffnung die Wirkung der Suspension des Zuschlags hervorbringen.

15) Eine dritte Feilbietung können nur Hypothekengläubiger, jedoch gegen den Widerspruch vorgehender Hypothekengläubiger nur unter den Bedingungen verlangen, wo die einfachen Gläubiger auf eine zweite anzutragen berechtigt sind. (nr. 13.)

16) Wiederhohlung der Versteigerung auf Verlangen des Schuldners findet nur einmal Statt, wenn derselbe nicht 1) für den allenfallsigen Mindererlös Sicherheit bestellen kann, oder auch ohne eine solche Sicherheit 2) wenn das Gebot so unverhältnißmäßig ist, daß nach dem Urtheile Sachverständiger, wovon einen die den Zuschlag verlangenden Gläubiger, den andern der Schuldner und den dritten der Richter benennt, mit hoher Wahrscheinlichkeit erhellet, daß bei weiterer Feilbie-

tung ein höheres oder doch kein geringeres Gebot zu erlangen seyn werde und wenn zugleich die den Zuschlag verlangenden Gläubiger nach den Grundsätzen von Moratorien gesichert erscheinen. Hier kann die Feilbietung allenfalls ausgesetzt und erst nach einigem Zeitverlaufe wiederhohlt werden. Doch soll gegen den Willen der Gläubiger der dritte Verkaufsversuch nicht über ein Jahr hinausgesetzt werden, alsdann aber auf deren Verlangen der Zuschlag an den Licitanten ohne weitere Rücksicht auf das Verhältniß des Gebots zum Werthe der Sache erfolgen.

17) Wird gar kein Gebot gelegt, oder nicht einmal die Hälfte der Taxe erreicht, so ist bei jeder Feilbietung der Versteigerungstermin vereitelt und wenn die auf Execution andringenden Gläubiger weder zu einem höhern Gebote sich verstehen, noch auf die Fortsetzung der Subhastation antragen, so ruht die Execution durch Verkauf des angegriffenen Stücks.

18) Im Concurse muß der Zuschlag erfolgen, wenn der Schätzungspreis erreicht wird. Ausserdem bestimmt die Mehrheit der Gläubiger, ob der Zuschlag geschehen oder die Feilbietung fortgesetzt werden soll.

Die Mehrheit wird nach der Summe der Forderungen berechnet, und der Betrag einer jeden nur nach dem Werthe angenommen, den sie bei Erreichung des Schätzungspreises haben würde.

Die Mehrheit kann jedoch, wenn die Feilbietung schon einmal wiederhohlt worden, dem Zuschlage nur unter den Bedingungen num. 13. a. u. b. widersprechen.

19) Wird die Subhastation vereitelt, (n. 17.) so sind die Gläubiger, wenn sie nichts anderes beschließen, nach ihrer vorzugsrechtlichen Ordnung in die Einkünfte des

Gutes zu immittiren. Alsdann hängt es von einem jeden derselben ab, auf Wiederhohlung der Subhastation anzutragen, jedoch nur auf seine Kosten und er kann deren Ersatz nur in soweit fordern, als durch den neuen Verkaufsversuch das Beste der übrigen Gläubiger befördert worden ist.

20) Jede neue Feilbietung entbindet den bisherigen Meistbietenden von der Verbindlichkeit seines Gebots.

§. 100.

Gründe.

Ad 1. und 2. Diese Bestimmungen, welche den plötzlichen Uebergang von mildern Zwangsmaßregeln zu dem Extrem, wo die bürgerliche Existenz des Schuldners auf der Spitze stehen kann, vermitteln, begreifen auch die Befugniß des Selbstverkaufs von Seiten des Schuldners in sich, der in der Eigenschaft einer eigens geschaffenen Rechtswohlthat oben (§. 89.) getadelt worden. Den solchergestalt modificirten letzten Versuch zur Erhaltung des Schuldners trifft weder der Vorwurf einer auffallenden Abweichung von der sonst gewöhnlichen Form der richterlichen Befehle unter einer Fristbestimmung, noch der einer zweckwidrigen Strenge. Durch die Bestimmungen unter nro. 2. ist zugleich ein Auskunftsmittel gegeben, wie der Zweck auch bei einer nicht zu weit ausgedehnten Nachsicht erreicht, und dem Schuldner, dem es Ernst ist, Mittel zu schaffen, bei einer Anfangs kürzer bestimmten Frist doch nicht die Hoffnung benommen ist, eine Verlängerung zu erhalten. Er muß, wenn er längere Schonung in Anspruch nehmen will, nun wenigstens vor allen seine Diligenz dociren. Zwar scheint bei der Bestimmung ad 3. dieß überflüssig zu seyn, zumal da der Schuldner, wenn mit der Feilbietung schon wirklich verfahren worden, darin die kräftigste und unzweideutigste

tigste Admonition für ihn liegt, sich keiner Sorglosigkeit zu überlassen. Allein abgesehen von den durch die Subhastation selbst verursachten Kosten, welche bei einer mehr moderaten Einschreitung erspart werden können, hält es bei einem einmal feilgebotenen Grundstück für einen Verkäufer immer schwerer, mit der nöthigen Freiheit zu handeln. Der Schuldner muß nun verkaufen, weil die öffentliche Versteigerung schon vor der Thüre steht, und da seine Absicht ist, vortheilhafter zu verkaufen, so kommt er gerade mit den Spekulationen allenfallsiger Kauflustiger in Widerspruch. Uebrigens muß man die Fälle, wo ein einmal aufgestecktes Grundstück nicht zum Verkauf gebracht wird, die erschienenen Bietungslustigen also in ihren Erwartungen sich getäuscht sehen, nicht ohne Noth vermehren.

Ad 4. und 5. Der Vorschlag rechtfertigt sich von selbst. Die Schöpfung einer richtigen und zuverlässigen Taxe ist schon nach den Bestimmungen Nro. 11 ff. von dem wesentlichsten Einfluß auf das ganze Verkaufsunternehmen, wenn gleich eine Gewährleistung für dieselbe, der Natur der Sache nach, ausgeschlossen seyn muß, sofern als es hier auf Urtheilen ankommt, nicht auf die Richtigkeit von Thatsachen. Denn daran darf es freilich nicht fehlen; Realitäten z. B., die als existirend angegeben sind, müssen vorhanden seyn.

Ad 6. Die möglichst vollständige Bekanntmachung enthält die Hauptgarantie für den günstigen Erfolg des Verkaufs an den Meistbietenden. (§. 91.). Die Modalitäten im Detail brauchten hier nicht ausgedruckt zu werden.

Ad 7. bis 9. Daß die Zwischenzeit bis zum Termin oder die Subhastationsfrist sich nach dem Werthsverhältniß des Gegenstandes richten muß, davon, sowie rück-

sichtlich der übrigen Bestimmungen liegen die Motive sehr nahe. Der Termin von 30 Tagen würde bei der Feilbietung eines Ritterguts sehr unverhältnißmäßig seyn, indeß er, wenn von einem Köblersgut oder einem einzelnen Grundstücke die Rede ist, vollkommen ausreicht, um alle Bietungslustige, die nicht aus weiter Entfernung herbeikommen, sondern gewöhnlich auf einen engen Kreis sich beschränken, davon in Kenntniß zu setzen und ihnen Zeit zur Ueberlegung zu geben. — Den Beisatz wegen Fortsetzung der Subhastation am Nachmittag, rechtfertigt die Betrachtung, daß eine zu weit getriebene Strenge gegen die sich etwa verspätenden Kauflustigen weniger diesen selbst als den Verkäufern schaden würde.

Ad 10. — a. Zwei Bietende, welche natürlich auch Gläubiger seyn können, sind die geringste Zahl, wenn überhaupt eine Versteigerung denkbar seyn soll. b. Die Nothwendigkeit der Wiederhohlung einer Subhastation, wenn derselben Mängel von der bemerkten Art entgegenstehen, nach allen ihren Requisiten leuchtet von selbst ein. Aber wenn die Verabsäumung einer Formalität nicht gerade auf die rechtliche Möglichkeit des Fortgangs des Geschäfts Einfluß hat, es zeigt sich also z. B. bloß ein Mangel bei der Vorladung der Hypothekengläubiger, so wird man darum nicht das ganze Werk von vornen anfangen, sondern nur das Fehlende nachhohlen, also hier die Gläubiger auf einen andern möglichst nahen Termin citiren, und die etwa erschienenen Bietungslustigen, mit denen hier übrigens die Versteigerung wohl einstweilen vor sich gehen kann, (§. 71. a. E.) vorladen. Sind alle Interessenten, also Gläubiger und Schuldner damit einverstanden, so kann ein Versehen in den Förmlichkeiten auch wohl ganz unverbessert bleiben; eigentlich ist es schon durch die einstimmige Erklärung der Betheiligten verbessert. Für den Fall, da keine Licitanten er-

scheinen, ist eine weitere Ausdehnung der Bekanntmachung ohne Zweifel das am allernächsten liegende Auskunftsmittel.

Die Bestimmung des zweiten Absatzes diktirt die Rücksicht für die Aufrechthaltung der fides hastae publicae. Indessen ist nur der Zuschlag unwiderruflich, und es bleiben also den Betheiligten ihre Rechte, sofern diese auf andere Weise als durch Anfechtung desselben etwa geltend gemacht werden können, vorbehalten.

Ad 11. ff. Die meisten Bedenken bietet aber, wie aus dem früher Gesagten schon hervorgeht, die Frage um die peremtorischen Wirkungen des Versteigerungstermins dar, oder wieferne der Zuschlag ohne Rücksicht auf das Gebot erfolgen muß, wenn auch nur ein Theil der Betheiligten es verlangt, der vielleicht gerade kein Interesse dabei haben kann, einen höhern Kaufpreis zu urgiren. Die Schwierigkeit tritt aber nur da ein, wenn es sich von einem Gebot handelt, welches zwar nicht den Taxwerth, jedoch mehr als die Hälfte desselben erreicht. Denn wird die Taxe erreicht, so ist das soviel als man billig erwarten konnte. Zwar lehrt die Erfahrung, daß man oft auch höher, als die Taxe ist, verkauft, und insofern ist allerdings der Versuch, einen mehrbietenden Käufer zu bekommen, gerade nichts unregelmäßiges. Indessen ist die Unternehmung einer neuen Feilbietung unter solchen Umständen doch immer eine sehr unsichere und wenn der Meistbietende nicht an sein Gebot gebunden bleibt, sogar bedenkliche Spekulation. Darum ist es billig, daß, wenn die Taxe erreicht wird, nur mit Einwilligung aller Gläubiger eine weitere Feilbietung Statt findet, ausserdem aber mit dem Zuschlage verfahren wird. Doch scheint in Rücksicht für die Gläubiger, die bei dem Zuschlag in Verlust gerathen und doch nicht auf der Stelle sich zu einem Mehrgebot ent-

schließen können, die kurze Nachfrist von 8 Tagen eine Forderung der Billigkeit zu seyn. Wenn an der Taxe vielleicht eine Kleinigkeit fehlt, so wird es freilich in gutem Glauben niemand einfallen, darum zu behaupten, daß die Taxe in dem Sinne, wie es hier zu nehmen ist, nicht erreicht worden sey. Indessen ist doch wohl der Ausdruck "beiläufig" zur Vorbeugung jeder Chicane nicht überflüssig. (Vgl. S. 184. a. E.) Wird nicht einmal die Hälfte der Taxe erreicht, so findet der Zuschlag nicht Statt, weil der Termin überhaupt vereitelt ist. (§. 71.)

Es bleibt also nur noch übrig, das Rechtsverhältniß näher zu prüfen, welches für die Interessenten gegenseitig eintritt, wenn die Taxe nicht erreicht wird, jedoch mehr als die Hälfte derselben geboten worden. Damit sollen denn die Vorschläge gerechtfertigt werden, welche unter num. 12 — 16. gemacht worden sind. Es kann sich dabei um so kürzer gefaßt werden, da die Materialien zu dieser Betrachtung und die Gründe für und wider oben schon (§. 91. fg.) ausführlich erörtert worden sind.

Zuvörderst bietet sich der Betrachtung die Strenge als unangemessen dar, wenn einige Partikular-Gesetzgebungen keine Wiederhohlung der Feilbietung zulassen. Auf der andern Seite sucht man aber auch vergeblich ausser der bloßen Willkühr (die doch näher betrachtet in sich selbst keine rechte Haltung hat), nach einem Rechtsgrunde, warum z. B. wegen eines zu niedrigen Gebots die Feilbietung nur dreimal Statt finden soll, ohne Rücksicht darauf, daß sonst die nämlichen Ursachen die nämlichen Wirkungen hervorbringen. Ist dreimal hier nicht zu viel, müssen sich dieß die den Zuschlag verlangenden Gläubiger gefallen lassen, warum sollte nicht auch viermal und öfter unter gleichen Umständen gleiche Wiederhohlung verlangt werden können? Was hat also der

Gesetzgeber in diesem Falle für einen Bestimmungsgrund für seine Willkühr ausser etwa der simpeln Vorstellung: daß dreimal eben doch mehr als einmal sey, daß aber auch dreimal recht viel und gleichsam die Nachsicht damit erschöpft sey. Ferner haben allerdings die Hypothekengläubiger auf eine höhere Begünstigung Anspruch, als bloße Chirographarien. Schon die politische Betrachtung für die Aufrechthaltung des Credits des Hypothekenbuchs fordert diese Berücksichtigung, und daß die Hypothekengläubiger, die nicht nur nach römischem Recht allein, sondern auch nach modernen Ansichten von dem Umfange eines Hypothekenrechts ihr eignes Rechtsgebiet haben, nicht der Willkühr der Nicht-Hypothekarien ausgesetzt werden, ist eben so rechtlich als billig. Auf der andern Seite muß aber auch verhindert werden, daß jene nicht wegwerfen, was sie nicht brauchen können, sondern gestatten, daß die Nichthypothekarien davon den möglichst großen Vortheil zu ihrer Befriedigung sich verschaffen. — Auch der Schuldner verdient Berücksichtigung, soweit sie ihm unbeschadet der Gerechtigkeit irgend zu Theil werden kann, schon nach dem richtigen Prinzip von den Grenzen der Zwangsvorkehr gegen ihn (§. 39.). Schonung desselben und Erhaltung bei seinem Eigenthum, soweit dieß nur irgend mit den Rechten der Gläubiger verträglich ist, ist daher der Billigkeit gemäß, und Forderung an jede Gesetzgebung. Die römische Legislation geht dießfalls mit einem preiswürdigen Beispiele voran. Die langen Fristen, bis es wenigstens bei der Privatveräusserung zum Verkauf des Pfandes kam; unter gewissen Umständen auch das Wiedereinlösungsrecht auf die lange Dauer von zwei Jahren; die Verpflichtung des Gläubigers, bei der Pfandveräusserung mit Redlichkeit zu Werke zu gehen, und dessen Stellung unter die Kategorie eines Mandatars des Schuldners — dieß alles deutet wenigstens darauf hin, daß das römische Recht

über der Gerechtigkeit gegen den Gläubiger nicht das Schicksal des Schuldners vergaß.

Wird die Taxe nicht erreicht, so sind nur zwei Fälle möglich; entweder es besitzt der Schuldner noch ausserdem hinlängliches Vermögen zur Befriedigung der bei dem Verkaufe des Guts in Schaden kommenden Gläubiger oder nicht. Im ersten Falle hat nur der Schuldner ein Interesse den Zuschlag zu verhindern; die Hypothekengläubiger aber nur in sofern, als ihnen etwa daran liegt, aus dem Unterpfande schneller und für alle Fälle sicherer zu ihrer Befriedigung zu gelangen, als wenn sie erst das übrige Vermögen angreifen müssen. Im zweiten Falle muß auch den einfachen Gläubigern ein Widerspruchsrecht eingeräumt werden, und zwar in sofern, daß man die Sache unter den Gesichtspunkt einer Vermögensunzulänglichkeit, der deßfalls nothwendigen Concurseröffnung und der dadurch bewirkten Gemeinschaft aller Gläubiger stellt. Dadurch verliert die Behandlung der Sache alles Willkührliche und das Ganze scheint dem Rechtssystem, sowie überhaupt den billigen Erwägungen, wovon §. 71. die Rede war, am meisten angepaßt. Daher die Bestimmung nro. 13., daß die einfachen Gläubiger, den von den Hypothekarien und dem Schuldner nicht widersprochenen Zuschlag, nur dadurch aufhalten können: 1) daß sie ein Mehrgebot thun; eine Verpflichtung, die nicht schlechthin als ungebührliche Forderung erscheint, indem, wenn es sich wirklich um einen unangemessenen geringen Preis handelt, ein chirographarischer Gläubiger wenigstens in der Regel entweder allein, oder in Vereinigung mit den übrigen gar wohl ein Mehrgebot thun kann; 2) daß sie eine cautio pro quanto minori aufrecht machen; 3) daß sie vorstellen z. B. der Schuldner besitzt ausser dem für 6000 fl. taxirten Gut nur noch für 1000 fl. übriges Vermögen; er ist 7000 fl.

darauf schuldig, und zwar 3600 fl. an Hypothekschulden und 3400 fl. an unbevorzugten Schulden; auf das Gut sind 3800 fl. geschlagen; geschähe nun der Zuschlag um dieses Gebot, wie die eingetragenen Gläubiger verlangen, so wäre die Vermögens-Insuffizienz klar, folglich der Concurs unvermeidlich. Sie tragen also auf dessen Eröffnung an. Nun kann es aber (der ad 14. vorgesehene Fall) sich begeben, daß soviel Hypothekschulden auf dem Gute haften, daß es für die Hypothekengläubiger zu gewagt wäre, wenn sie auf Gefahr, wohl gar weniger zu bekommen, auf einen auch für den einfachen Gläubiger hinreichenden Erlös durch nochmalige Feilbietung müßten spekuliren lassen. Um einen festen Anhalt zu haben, und in Betrachtung, daß dieß beiläufig das rechte Verhältniß seyn möchte, sind drei Viertel des Tarwerths angenommen worden. Betragen also in dem obigen Beispiele die eingetragenen Forderungen 4500 fl., und es willigen die sämmtlichen Hypothekengläubiger in den Zuschlag, so werden wahrscheinlich wenigstens soviel geboten worden seyn. Ist aber weniger geboten worden, so ist wenigstens ein Hypothekengläubiger dabei betheiligt, und dieser wird, wenn sein Verlust, und damit zugleich das quantum differentiae irgend bedeutend ist, schon für eigne Rechnung die Fortsetzung der Subhastation verlangen.

Da wenigstens an Orten, wo das Hypothekenwesen nach richtigen Prinzipien organisirt ist, man den Gläubigern nicht verwehrt, ohne Rücksicht auf den Werth des Hypothekobjekts, Hypothek durch Eintragung sich bestellen zu lassen, so kann es leicht geschehen, daß so viele Hypotheken auf einem Gut haften, als der Werth desselben ist. Könnten nun die nachfolgenden Hypothekarien gegen den Widerspruch der vorhergehenden selbst eine dritte Feilbietung verlangen, so würden jene leicht sehr gefährdet werden können. Indessen sind sie doch einmal

Hypothekengläubiger und die Begünstigung des Instituts fordert allerdings, daß zwischen ihnen und bloßen Chirographarien ein Unterschied Statt finde. Sie mögen also, während letztere nur einmal Wiederhohlung der Subhastation verlangen können, eine zweite Wiederhohlung zu begehren, berechtigt werden, jedoch consequent nur unter den Voraussetzungen, wie die einfachen Gläubiger eine zweite Feilbietung zu verlangen befugt sind. Daher die Bestimmung nro. 15., besonders auch in der Erwägung, daß wenn hier Concurs entsteht, die Nachhypotheken den, wenn auch geringern Mehrerlös, allein bekommen, statt daß derselbe, bloß zu Gunsten der Chirographarien angenommen, in eine Masse fiele, woran vielleicht sehr Viele Theil nehmen.

Ad 16. Der Schuldner soll nur einmal Wiederhohlung verlangen können; eine zweite nur gegen Caution auf den Mindererlös oder wenn das Gebot gar zu gering ist, die Gläubiger sonst keine Gefahr laufen, und die Sache nach den Bestimmungen über die Moratorien zur Nachsicht sich eignet. Die Motive sind bereits oben §. 93. auseinandergesetzt worden. Das Gutachten Sachverständiger ist nicht gerade als irrelevant anzusehen, da die Umstände, worauf es hier bei deren Urtheil ankommt, eben sowohl in den Kreis ihrer Erfahrung und der darauf gebauten Reflexion fallen, als diejenigen, worauf der von ihnen angegebene Werth beruht. Inzwischen kann dieser Zustand nicht ewig fortdauern, und wenn der Schuldner nicht im Laufe eines ganzen Jahrs Gelegenheit zu einem bessern Verkauf findet, so ist die Sache zu bedenklich, als daß die Gläubiger zum längern Creditiren genöthigt werden könnten.

Findet sich hier kein Licitant, so tritt natürlich auch hier die Bestimmung n. 10. a) u. 17. ein.

Ad 17. Der Beisatz, daß die Execution **durch Verkauf** ruhe, ist nicht zu übersehen, indem die andern Mittel der Hülfsvollstreckung, namentlich Immission, oder nach Umständen Sequestration durch Selbstregie oder Verpachtung allerdings Statt finden. Vergl. damit n. 19.

Ad 18. Die Bestimmungen über die Rechte der Gläubiger rücksichtlich des Zuschlags im Concurse motiviren sich durch die Theorie von der Communion der Concursgläubiger. Aber nicht der Nominalwerth, sondern nur der Realwerth der Forderungen bestimmt die Pluralität. Ist also die Taxe des Guts 10000 fl., und die daraus zu befriedigenden Gläubiger haben 12000 fl. zu fordern, es sind aber darunter 5500 fl. Hypothek- oder sonst bevorzugte Forderungen, so machen diese die Majorität gegen die einfachen 6500 fl. aus, weil letztere, wenn auch die Taxe erreicht ist, nur 4500 fl. werth sind. Aber die Mehrheit kann auch die Minderheit nicht durch ihre Spekulationen graviren, daher die Bestimmungen Absatz 3.

Ad 19. Dieser Satz ist durch das Beispiel der preußischen, anhaltischen und würtembergischen Subhastationsordnung gerechtfertigt, und rechtfertigt sich auch schon dadurch, weil ausserdem die Concurse nicht zum Ausgange kommen, sondern ihre Beendigung fortwährend an vergeblichen Verkaufsversuchen sich accrochiren würde, welche auf Kosten der Masse gingen, so daß häufig die Maßregel nur denen zu Statten kommen würde, die vom Altare der Gerechtigkeit leben. Trägt nur ein einziger Gläubiger auf wiederhohlte Feilbietung an, und muß er eventualiter die Kosten bezahlen, so wird er sich nicht ohne Noth den Spaß machen, und die Gerichte willkührlich mit Subhastationswiederhohlungen belästigen wollen. So fällt also auch die Besorgniß weg, daß die Gerichte

zu oft mit Verkaufsunternehmungen beschwert werden möchten; wiewohl es darauf auch soviel nicht ankäme, da es einmal ihres Amts ist. —

Als Motiv für seinen Vorschlag im Ganzen will übrigens der Verfasser schließlich noch seinen Glauben anführen, daß wenn auch nicht alle Punkte den Beifall der Kenner erhalten sollten, was freilich viel gefordert wäre, doch auch nicht alle als verwerflich erscheinen werden, was bei einem Gegenstande dieser Art immer schon etwas ist.

Zweiter Abschnitt.

Von den Mitteln der Abwendung eines Concurses durch Erleichterung der Obligation des Schuldners.

Erstes Kapitel.

Von Moratorien.

§. 101.

Uebersicht.

Der erste Abschnitt des zweiten Buchs dieser Abhandlung hat von den Modalitäten der Hülfsvollstreckung, wiefern diese besonders Einfluß auf die Abwendung (oder auch Abkürzung) der Concurse hat, gehandelt. Es kann aber nicht bloß der Concurs, sondern selbst jede executive Einschreitung abgewendet werden

durch Erleichterung der Verpflichtungen des Schuldners gegen seine Gläubiger.

Hier kann natürlich nicht von solchen Mitteln die Rede seyn, wo der Schuldner hingibt alles, was er hat, und

sich dadurch von seinem Schuldnerus befreit, wie bei der datio in solutum und bis auf weiteres wenigstens bei der cessio bonorum. Denn dabei wäre es eigentlich nur so zu reden auf ein Davonkommen mit heiler Haut abgesehen, auf Befreiung von dem Gebote der Strenge: qui non habet in aere; luat in corpore! — Der unglückliche Schuldner soll noch etwas mehr behalten, als den Alltagsrock, soweit dieß irgend mit den Rechten seiner Gläubiger vereinbarlich oder auch mit einigen Aufopferungen an denselben ausführbar ist: seine Verpflichtungen sollen ihm erleichtert werden. Sollte er also sonst sofort bezahlen, so soll ihm jetzt mit der Zahlung Nachsicht widerfahren; sollte er sonst die ganze Schuld auf einmal abtragen, so sollen ihm jetzt Fristen oder die Befugniß theilweiser Zahlungen verwilligt werden; und wenn er sonst das Ganze, was er empfangen, zurückerstatten mußte, so soll ihm allenfalls ein Theil hievon erlassen seyn.

Diese Erleichterungen der Verpflichtung eines Schuldners werden bezielt bald durch einen Ausspruch der höchsten Gewalt im Staate, nach Art einer Dispensation vom Gesetze, bald durch freiwillige Uebereinkunft mit den Gläubigern, im Wege s. g. Accorde, und sie bestehen

1) in ausserordentlichen Dilationen der Zahlungsverbindlichkeit, oder in Moratorien, bewirkt a) durch eigentlich s. g. Moratorien (Anstandsbriefe, rescripta moratoria) kraft landesherrlicher Macht ertheilt, oder b) durch Verwilligung der Gläubiger selbst;

2) in der Gestattung von Partialzahlungen oder Fristen, endlich

3) in dem Erlaß eines Theils der Forderung selbst, Nachlaßverträge (pacta remissoria). Durch diese Temperamente wird ein Concurs abgewendet; die zuletzt

genannten insonderheit sind auch ein Mittel zur Abkürzung eines schon begonnenen Concurses.

Von dem Vergleich im Concurse wird in der Folge umständlicher die Rede seyn, wenn von den Mitteln zur Abkürzung eines Concurses gehandelt werden wird. Hier betrachten wir die bemerkten Erleichterungsmittel bloß in sofern, als sie geeignet sind, diesen abzuwenden, wobei man sich um so kürzer fassen kann, als der Gegenstand, so sehr er sich bei dem ersten Anblicke von Seiten der Humanität empfiehlt, im Grunde eben doch nicht sehr praktisch ist, auch wenig kritische Seiten darbietet. Denn die Erfahrung liefert überhaupt für das ganze Indultwesen im allgemeinen keine gar günstige Resultate. Sie bewährt vielmehr nur zu oft, daß Nachsicht und Schonung eben so wie Nachlässe dem Schuldner selten aufhelfen, und wenn ich sage, daß der Gegenstand wenig kritische Seiten darbiete, so will ich damit den Mangel an Stoff für eine zwangsrechtliche Thätigkeit andeuten, indem ja, wie man leicht einsieht, in der Hauptsache hiebei alles oder doch das meiste auf den guten Willen der Gläubiger und auf die Geschicklichkeit der Unterhändler ankommt, denen für ihre oft nicht allzulautere Kunst hier keine Regeln vorgezeichnet werden sollen. Es sollen daher dem Richter nur einige Fingerzeige gegeben werden, worauf er seine vermittlungsamtlichen Bemühungen hauptsächlich zu richten hat, nicht um zum Besten des Schuldners in Bewirkung solcher Erleichterungsmittel glücklich zu seyn, ohne Rücksicht darauf, was etwa der Erfolg für den Zweck seiner dauernden Erhaltung seyn möge, sondern um eine Uebereinkunft zu bewirken, die zum Besten aller Theile gereicht, besonders also auch das Interesse der Gläubiger befördert, denen hiebei nur zu oft eine sehr nachgeordnete Rücksicht zu Theil wird.

§. 102.

Zweck, Ursprung und Arten der Moratorien a).

Einem Schuldner, der an sich noch hinlängliches Vermögen zur Befriedigung seiner Gläubiger hat, der aber durch gewisse vorübergehende und (nach der gewöhnlichen Theorie wenigstens) nicht selbst verschuldete Umstände verhindert ist, ohne seinen Ruin sofort und auf einmal Zahlung zu leisten, jedoch wahrscheinliche Hoffnung hat, daß er bei einiger Nachsicht dazu besser im Stande seyn werde, deßfalls auch, also gegen die Besorgniß eines Verlusts bei längerem Warten, seinen Gläubigern Sicherheit bestellen kann, — einem solchen Schuldner gestatten die Gesetze bei dem Regenten auf Ertheilung eines **Moratoriums** anzutragen.

Ob der Ursprung der Moratorien aus der L. 2. C. de prec. Imper. offer. abzuleiten, oder schon älter ist, ingleichen was die römischen Kaiser bewogen haben mag, die sonst gewöhnlichen Zahlungsdilationen zu erweitern und den Schuldnern zu gestatten, mit Verlassung des förmlichen Rechtsweges sich an die oberste Gewalt zu wenden, — dabei soll sich hier nicht aufgehalten, sondern auf Dabelow a. a. O. S. 152. ff. verwiesen werden. Die von den Kaisern ertheilte Wohlthat, deren

---

a) J. H. Boehmer de lit. respirationis: in exerc. Tom. III. Num. 46.

Pufendorf. Tom. II. Obs. 22. 23.

Dabelow ausführl. Entwickel. der Lehre vom Concurse der Gläubiger 6tes Cap. S. 149. ff.

G. Happel Anleit. zum Verfahren, Concursprozesse abzuwenden. Giessen 1799. §. 8 seqq.

A. Schweppe, System des Concurses der Gläubiger. §. 13. ff.

äusserste Frist jedoch 5 Jahre (woher der Name literae s. induciae quinquennales, und der deutschgemachte Name Quinquenell) nicht überschritt, wurde auch besonders nach dem dreißigjährigen Kriege in Deutschland häufiger, ja die Calamitäten dieses Kriegs veranlaßten sogar einen allgemeinen gesetzlichen Indult für alle Gläubiger auf 3 Jahre *b*), und von einem ähnlichen allgemeinen Indult ist aus ähnlicher Veranlassung in ganz neuerer Zeit ein Beispiel bekannt, indem die kön. preußische Regierung nach dem unglücklichen Kriege von 1806 sich veranlaßt gefunden, durch das s. g. Memler Indultedikt einen allgemeinen Stillstand in den Executionen anzuordnen. Auch im Oesterreichischen kam nach der großen Veränderung im Papiergelde und nach dem Finanzpatent vom 20. Febr. 1811 ein solches außerordentliches Moratorium zur Sprache; es wurden aber die dagegen streitenden Gründe gegen die großentheils nur scheinbaren Vortheile für überwiegend gefunden, so daß wenigstens nur ein kurzer Stillstand von wenigen Monaten Statt fand c).

Anlangend die Moratorien für einzelne Schuldner, die also nicht in Form allgemeiner Gesetze, sondern als Privilegien für Einzelne gelten, so wurden sie sowohl von den deutschen Kaisern an die unmittelbaren Reichsangehörigen als von den Reichsständen an ihre Unterthanen ertheilt. Auch an Mediate dergleichen zu ertheilen behaupteten die Kaiser kraft eines kaiserlichen Reservatrechts befugt zu seyn. Da indessen der kaiserl. Reichshofrath bei solchen Ertheilungen durch die vorherige Einhohlung des Berichts der Territorialherrschaft beschränkt

---

b) R. A. de 1654. §. 172.

c) Vgl. Pratobevera Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den österr. Erbstaaten I. Bd. S. 47.

war *d*), so lag schon hierin ein Grund warum diese Moratorien an Mittelbare nicht sehr gebräuchlich waren. Uebrigens nahm man es mit der durch den Namen dieser Quinquennelle angedeuteten Beschränkung gerade so genau nicht, sondern verlängerte die Frist auch wohl auf mehrere Quinquennien *e*).

§. 103.

I. Erfordernisse eines Moratoriums.

Bei der Ertheilung von Moratorien werden nach dem römischen Recht in der Praxis folgende Grundsätze und Regeln beobachtet.

1) Nur der Regent allein, nicht der Richter ist zu deren Ertheilung befugt.

2) Rücksichten für das gemeine Beste sind die erste und vorzüglichste Norm zur Bestimmung der Grenzen der Moratorien. Es ist daher die Dauer derselben lediglich dem Regenten überlassen, eben so die etwaige Erneuerung und die Modificationen zur Sicherung der Rechte der Gläubiger neben der Erhaltung des Schuldners. Man nimmt an, daß die Staatsgewalt bei der Erwägung, des nicht minder ihrer Fürsorge anvertrauten Wohls der Gläubiger ohnehin die Grenzpunkte erkennen werde, welche gegen jede Exorbitanz sichern.

3) Das Gesuch um ein Moratorium muß durch den Nachweis des Vorhandenseyns der Erfordernisse desselben von dem implorirenden Schuldner begründet werden.

4) Der Regent ertheilt diese Wohlthat zwar nicht schlechthin auf das einseitige Ansuchen des Schuldners,

---

d) Reichs Pol. Ordn. von 1577. Tit. 23. §. 4.

e) Pufendorf Obs. II. 22. §. 2. 5.

vielmehr werden hierüber die Gläubiger gehört und es erfolgt eine causae cognitio vor den Gerichten aus Auftrag der höchsten Gewalt *f*). Es liegt indessen in dem Prinzip und in der Natur der Sache selbst, daß es auf die Einwilligung der Gläubiger hiebei nicht ankommt, da es, diese Einwilligung vorausgesetzt, eben der ausserordentlichen Hülfe durch die Staatsgewalt nicht bedürfen würde.

5) Der Schuldner muß den Gläubigern Sicherheit bestellen, daß er wahrscheinliche Hoffnung habe, bei einiger Nachsicht ohne seinen Ruin sie besser befriedigen zu können, als gegenwärtig, daß sie folglich durch längeres Warten nicht gefährdet werden. Der Zweck der Caution ist also nur die Abwendung der Besorgniß, es möchte die Lage der Gläubiger dadurch mehr verschlimmert werden, daß man der rechtlichen Strenge gegen den Schuldner nicht sofort den Lauf läßt. Daraus folgt, daß die Caution nicht auf eine Versicherung gerichtet seyn kann, die den gegenwärtigen Zustand der Gläubiger eigentlich verbessern würde, und die Bestimmung von einer fidejussio idonea super debiti solutione *g*) kann daher auch keinen andern Sinn haben, weil sonst das, was eine Wohlthat für den Schuldner seyn soll, bloß das Beste der vielleicht schlecht versicherten Gläubiger befördern, dem Schuldner aber in den meisten Fällen eine unmögliche und illusorische Bedingung auflegen würde. Es kann aber auch keine andere als eine Realcaution, nicht eine bloß juratorische genügen *h*).

6) Der

---

f) Wenigstens wird dieß in Bayern also beobachtet, und wenn die Sache irgend zweifelhaft ist, das Moratorium eher abgeschlagen als bewilligt.

g) L. 4. C. de prec. Imper. offer. (I. 19.)

h) vergl. Krafft prakt. Anmerkungen über den Concursprozeß §. 249.

6) Der Ertheilung eines Moratoriums steht die Entsagung des Schuldners nicht entgegen, und zwar nicht darum, oder doch nicht darum allein, weil dasselbe als beneficium commune für Gläubiger und Schuldner angesehen wird, und noch weniger, weil es, wie man behauptet hat (s. §. sq. a. E.), zum Besten der Gläubiger eingeführt sey, um diese mit den Nachtheilen des Concurses zu verschonen, — sondern weil eine solche Renunciation überhaupt nicht mehr bedeuten würde, als jedes Zahlungsversprechen im allgemeinen, gegen dessen Verbindlichkeit eben das Moratorium gerichtet ist, und weil die Wirksamkeit des Verzichts, da er nur einzelnen Gläubigern zu Statten käme, die sich deßfalls vorgesehen, die übrigen leicht gefährden könnte.

§. 104.

Fortsetzung. Ist die Würdigkeit des Schuldners eine Bedingung der Verleihung?

7) Gewöhnlich nimmt man an, daß ein Moratorium nur unglücklichen, ohne ihre Schuld in Zahlungsverlegenheit gekommenen Schuldnern zu Theil werden dürfe. Man stützt diese in dem römischen Recht selbst nicht gegründete Meinung auf die Vorstellung von einer Wohlthat, die einem Unwürdigen nicht zu Theil werden solle; ja selbst auf ein deutsches Reichsgesetz *i*). Allein

---

i) Reichs-Pol. Ordn. de 1577. Tit. 23. §. 1—4. Dieses Gesetz bestimmt unter dem Titel: von verdorbenen Kaufleuten, wörtlich folgendes: Als auch vielmals durch die Handthierer und Gewerbsleut gefährlicher und betrüglicher Weiß, im Schein, Trauen und Glaubens, Geld und Waar bey andern Leuten auffgebracht, entlehnet und genommen worden, — — welche zu Zeiten mit ihrem übermaßigen Pracht, unordentlichem Wesen, Leben, und sonst in andere Wege (ohne daß ihnen an ihren

was dieses Gesetz betrifft, so wird dasselbe, wie sogleich aus dessen Inhalt hervorgeht, ohne Grund in einer aus-

---

Leibern und Gütern einige Schäden — — oder andere verderbliche Unfälle zugestanden) in Abnehmen und Verderbung kommen, darnach ausstehen, austreten, sich in andere Herrschaften begeben, und von denselben wider ihrer Oberkeit und der Kläger, so ihnen Geld oder Waar gelichen und zugestellt haben, Willen aufgenommen, vergleitet, geherbergt, und fürgeschoben werden; dieweil solche betrügliche und schädliche Handlungen, die sich einem Diebstahl wohl vergleichen, dem gemeinen Nutz zu Nachtheil gereichen: So setzen, ordnen und wollen Wir, daß solche Handthierer und Gewerbsleut, so sie fürsetzlicher oder betrüglicher Weise, und nicht auß kündlichem zugestandenem Unfall außstehen, Banckerott machen, und außtrinnig werden, hinfüro von keiner Herrschafft oder Oberkeit auffgenommen, noch ohn Willen der Gläubiger vergleytet und geduldet, sondern wo die betretten, zu Hafften angenommen, den Klägern zu Recht gehalten, und nach Gestalt der Sachen gestrafft — — werden sollen. — — Die Stände und Oberkeiten, in deren Gebiet diese verdorbenen Kaufleut gewichen sind, sollen schuldig seyn, alles Geld, Kleinoder, Schuldbücher, und andere Brieff und Güter, so sie mit sich hinweg genommen, von ihnen zu erfordern, und gemeinen Gläubigern zu Gutem gerichtlich hinterlegen und verwahren lassen. Wann auch solche verdorbene Kauffleut zu Zeiten bey den Römischen Kaysern und Königen Moratoria, oder Quinquenel außbringen und erlangen, und doch mittlerzeit, oder auch nach Außgang derselben ihre Gläubiger nicht bezahlen oder sich mit ihnen setzen und vertragen, so wollen Wir, daß ihnen solche Moratoria hinfüro nicht mehr gegeben werden sollen, Wir oder unsere Nachkommen, Römische Kayser oder König, seyen dann von der Oberkeit, da unter solche verdorbene, oder außgestandene Kauffleut gesessen, zuvor eigentlich bericht und vergewissigt, oder daß dieselbige Kaufleut glaubliche Urkund, oder Schein fürbringen,

gedehnteren Bedeutung genommen als ihm, nach Wort und Sinn, der Gesetzgeber beilegen wollte. Schon die Ueberschrift: "von verdorbenen Kaufleuten" und anderes, was nach dem Inhalte bloß auf Kaufleute geht, ist sehr bezeichnend. Es galt zunächst der Aufrechthaltung des kaufmännischen Credits, auf welchen in jener Zeit (im 16ten Jahrhundert) wohl hauptsächlich derjenige Verkehr beschränkt war, der zu dergleichen Fallimenten führen kann. Einzelne Fälle solcher Fallimente mochten zu dringenden Klagen der Reichsangehörigen, nebenbei auch zu Beschwerden über die freigebige Ertheilung von Moratorien an solche Bankerottirer von Seiten des Reichshofraths, Anlaß gegeben haben. Fürohin sollten daher diese Bankerottirer mit aller Strenge verfolgt, und wenn sie etwa um ein Moratorium bei dem kaiserlichen Hofe ansuchen sollten, dieses ihnen nur auf vorherige berichtliche Vernehmung ihrer Obrigkeit über ihre Würdigkeit ertheilt werden, ausserdem selbiges als erschlichen und kraftlos angesehen werden. Eine Ausdehnung dieses, den kaufmännischen Credit bezweckenden Gesetzes und somit eine Beschränkung des kaiserl. Reservatrechts, etwa dem Systeme der Doctoren zu Gefallen, ist also wohl so wenig die Meinung kaiserlicher Majestät gewesen, als in Beziehung auf ihre betheiligten Regentenrechte der Stände des Reichs.

Ueberdieß darf man aber den Umstand nicht übersehen, daß diese Wohlthat aus der Machtvollkommenheit

daß sie aus unversehenen zugestandenen Unfällen ihrer Leib oder Güter verdorben, und ausgestanden sind, und daß in solchen Fällen, darinn die Moratoria Statt haben: Wo aber die anderer Gestalt und mit verschwiegener Wahrheit ausbracht oder erlangt werden, alsdann sollen sie krafftlos und unfürträglich seyn, und dafür gehalten werden.

des Regenten hervorgeht, der nicht an privatrechtliche Normen, weniger noch an fictiones juris hierbei gebunden ist. Man würde auch die ganze Lehre fast unpraktisch machen, wenn man die Zulässigkeit eines Moratoriums von dem Beweise der Würdigkeit, also daß der Schuldner durch Unglücksfälle und ohne eigenes Verschulden ins Abwesen gerathen, abhängig machen wollte. Denn wie viel wird man unter der Legion von Schuldnern finden, die rein von dem Vorwurfe sind, daß sie ihr Zahlungsunvermögen selbst verursacht haben, sey es nun unmittelbar oder mittelbar, direct oder indirect? Man vergleiche das oben §. 47. Gesagte. Dem Staate liegt eben so daran, einem wenn schon durch eigne Schuld gesunkenen Schuldner wieder aufzuhelfen, falls nur irgend Hoffnung dazu da ist, als der Kirche einen reuigen Sünder wieder in ihren Schooß aufzunehmen. Alles kommt also nur darauf an, ob die Hoffnung, daß sich der Schuldner bei Verstattung der gebetenen Nachsicht erhohlen werde, nicht durch das Mißtrauen überwogen wird, das derselbe durch seine bisherige Lebensart wider sich erregt hat, und in sofern macht also vita ante acta allerdings ein bedeutendes Gewicht in der Wage der Prüfung aus. Ist sich von der Besserung des Schuldners nichts zu versprechen, so fällt auch die Hauptbedingung weg, wornach ihm ohne Schaden eines Andern, also seiner Gläubiger, vielmehr mit Beförderung des eigenen Vortheils derselben soll geholfen werden können. Denn immer muß vorausgesetzt werden, der Zweck der Befriedigung der Gläubiger würde selbst gefährdet seyn, wenn selbige ohne Rücksicht auf die gegenwärtigen ungünstigen Umstände, nur was das strenge Recht ihnen gestattet, blindlings zur Richtschnur annähmen. Auch der eigene Vortheil der Gläubiger soll die Nachsicht motiviren, und in sofern kann man es freilich auch, was in anderer Rücksicht paradox erscheint, als eine Wohlthat

für die Gläubiger ansehen, wenn Nachsicht gegeben wird, und das Moratorium somit ein beneficium commune nennen. Nur der Ansicht Schweppe's a. a. O. §. 12. wird man schwerlich beipflichten, wenn er sagt: "sowohl das Moratorium als der Nachlaßvertrag (!) seyen nach gemeinem Recht mehr zum Besten der Gläubiger, um diese mit den Nachtheilen des Concurses zu verschonen, (in der That ein nicht wohlfeiler Preis!) als zum Besten des Schuldners eingeführt; obgleich Partikularrechte oft den umgekehrten Gesichtspunkt hätten und alsdann viel auf den in Rücksicht der Abwendungsmittel des Concurses gemeinrechtlich ziemlich gleichgültigen Umstand gäben, ob der Schuldner ein muthwilliger, leichtsinniger oder unglücklicher Fallit sey, und letzteres oft zur Bedingung der Entscheidung durch Stimmenmehrheit machten".

§. 105.

II. Wirkungen eines Moratoriums.

Der Gesichtspunkt, aus welchem die Natur dieses Privilegiums zu betrachten, und der für die Beantwortung mancher hier entstehenden, zum Theil bestrittenen Fragen z. B. hinsichtlich der Zinsen entscheidend ist, ist unter unsern Juristen keineswegs ausgemacht, wiewohl manche gar nicht Rücksicht darauf genommen haben. Heise *k*) stellt die Moratorien unter die Rubrik einer temporären Suspension der Obligation, und wenn dieses als richtig angenommen wird, so muß man es auch gelten lassen, daß die Zinsen während der Dauer des Moratoriums ruhen. Ich glaube indessen die Praxis für mich zu haben, wenn ich dem Moratorium nur die Wirkung einer temporären Suspension der Geltendma-

k) Grundriß eines Systems des gem. Civilrechts 3. B. 4. Kap. §. 140. ff.

chung der Forderung beilege, welche Ansicht auch für den Zweck des Instituts vollkommen hinreicht.

Aus diesem Grundsatze folgt nun vor allen:

1) ein Moratorium ändert nichts in Ansehung der Verbindlichkeit des Schuldners als den Zeitpunkt der Erfüllung, daher es auch keinem gegründeten Zweifel unterworfen ist, daß Vertragszinsen nach wie vor entrichtet werden müssen. Auch ist deren fortdauernde Entrichtung schon aus dem politischen Grunde, daß der Schuldner bei deren fernerem Anschwellen seinen Zustand eher verschlimmern als verbessern würde, gewöhnlich eine von den Bedingungen der Indultertheilung. Anders ist es mit den Zögerungszinsen, sofern als der Verzug in dem Moratorium seinen Grund hat, oder vielmehr eben deswillen gar nicht eintritt. Denn was schon verfallene Verzugszinsen betrifft, so läßt sich gegen die Verbindlichkeit zur Zahlung derselben, wenigstens nach Ablauf des Indults, so wenig etwas einwenden, als gegen die Billigkeit der Bedingung, daß von einer verfallenen unverzinslichen Kapitalpost während des Moratoriums die landläufigen Zinsen zu entrichten sind. Denn es ist überall kein Grund vorhanden, den Schuldner mit dem Schaden des Gläubigers, der ohnehin der freien Disposition über sein Kapital entbehrt, noch durch den unentgeldlichen usus sortis zu bereichern.

2) Der Schuldner darf während des Moratoriums nichts zum Nachtheile der Gesammtheit seiner Gläubiger unternehmen, es sey durch Veräusserung seines Vermögens oder selbst auch durch Befriedigung einzelner Gläubiger, sofern als dadurch die Masse der für alle bestimmten Befriedigungs-Gegenstände geschmälert werden könnte. Es gehört dieses zu den nothwendigen Versicherungsmitteln der gesammten Creditorschaft, und am

zweckmäßigsten wird dergleichen schädlichen Unternehmungen durch die Androhung des Verlusts des Moratoriums vorgebeugt.

3) Man hat bezweifelt, ob die Verbesserung der Vermögensumstände des Schuldners ein Grund zur Abkürzung des Moratoriums sey, weil die clausula rebus sic stantibus sich als Resolutivbedingung nirgends von selbst verstehe. Allein da mit der Ursache überall die Wirkung wegfällt, so darf man wohl unbedenklich als die richtigere Meinung gelten lassen, daß, wenn eine solche Verbesserung eintritt, alsdann die Gläubiger wenigstens berechtigt seyn müssen, auf die Aufhebung des Moratoriums bei dem Regenten anzutragen. Wenn daher in einem solchen Falle die Gläubiger klagend oder doch zur Einleitung der Sache in den geeigneten Weg mit einer Imploration des richterlichen Amts auftreten, so wird der Richter zuvörderst den Schuldner mit seiner Erklärung vernehmen, ob und wiefern er sich etwa ohne Weitläufigkeit freiwillig der Wohlthat begeben wolle, und wenn dieser sich nicht dazu versteht, die Gläubiger anweisen, zuvor die Aufhebung des Moratoriums bei der allerhöchsten Stelle zum Behuf der Klagstellung zu erwirken.

Wenn mit dem Moratorium aus mißverstandenen Prinzipien dem Schuldner nicht zu weich gebettet wird, namentlich durch Erlassung der Zinsschuldigkeit, so wird er in einem solchen Falle wohl selbst nicht leicht länger im Schuldverbande bleiben wollen, und die Frage ist also eigentlich von wenig praktischem Interesse.

4) Einem Schuldner, der ein Moratorium erlangt hat, und nach Ablauf desselben doch nicht zahlen kann, steht noch immer die Rechtswohlthat der cessio bonorum offen. Ich würde dieß als Wirkung der fraglichen Con-

cession kaum erwähnen, wenn nicht unsere Praktiker die Sache doch als halb zweifelhaft bemerkt hätten. Nach römischem Recht nämlich *l*) war diese Befugniß allerdings zu bezweifeln, weil dem unglücklichen Schuldnre nur verstattet gewesen, von seinen Gläubigern entweder die Bewilligung eines fünfjährigen Indults, oder die Zulassung zum beneficium cessionis zu begehren, wobei denn die Mehrheit der Gläubiger mit Inbegriff der Hypothekarien, die beim Nachlaßvertrag erimirt waren, entschied. Heut zu Tage ist dieß alles ganz anders und von einer Zulassung zur Cession als einer Begünstigung keine Rede mehr. Mit der freiwilligen Abtretung sind keine Vortheile verbunden, die nicht auch bei der nothwendigen Statt fänden. Der Schuldthurm wenigstens trifft nach heutiger Praxis den Verschuldeten in dem einen Falle so wenig, als in dem andern. Das Ganze der Vermögensabtretung an die Gläubiger hat, wie oben (§. 28.) bemerkt worden, in unserer Zeit eine andere Gestalt gewonnen. Die Gläubiger sind jetzt froh, wenn ihr Schuldner nur rechtzeitig und ohne Umtriebe sein Vermögen zu ihrer Befriedigung abtritt und redlich hergibt, was er hat.

§. 106.

III. Ausnahme gewisser Forderungen von der Wirkung des Moratoriums.

Das Moratorium kommt nicht zu Statten a) rücksichtlich fortlaufender Prästationen: Abgaben, Kapitalzinsen, alimentarischer Leistungen, b) rücksichtlich später contrahirter Schulden. Die dießfalls für die frühern, im Moratorium begriffenen Gläubiger aus der Verminderung ihrer Befriedigungsobjecte zu besorgende

---

l) L. 8. C. qui bonis cedere possunt (VII. 71.)

Gefahr muß bei Regulirung der Caution zum Augenmerk genommen werden. Ferner kommt dasselbe nicht zu Statten c) gegen Ansprüche, wodurch das Eigenthum verfolgt wird; d) gegen Forderungen aus unerlaubten Handlungen, e) gegen Forderungen, die durch Compensation getilgt werden; auch nicht f) den Schuldnern des Schuldners; g) dessen Erben; endlich nicht h) dem Bürgen, derselbe mag sich der Wohlthat der Excussion begeben haben oder nicht *m*).

§. 107.

Schließliche Bemerkungen zur Theorie aus dem Prinzip der Moratorien.

Wenn man die öffentliche Wohlfahrt als Prinzip der Moratorien nach der richtigern Ansicht von Wesen und Zweck derselben annimmt, so erscheint überall Zusammenhang und Consequenz in dieser Lehre, nämlich abgesehen von der Mangelhaftigkeit des Grundsatzes selbst, wovon §. sq. die Rede seyn wird. Nur damit verträgt es sich, daß die Verleihung von der höchsten Gewalt ausgeht, nicht von den Gerichten; ferner, daß nicht bloß das Wohl des Schuldners, sondern auch das der Gläubiger auf gleiche Berücksichtigung Anspruch macht, insonderheit aber, daß auch diejenigen Schuldner nicht ausgeschlossen werden können, welche gerade nicht den Beweis, daß sie durch Unglücksfälle, in Abwesen gerathen, führen können, wenn nur sonst Hoffnung vorhanden ist, daß die Nachsicht ihrer und ihrer Gläubiger Bestes befördere. Ohnehin gründet sich, wie gedacht, die Beschränkung auf unglückliche Schuldner auf kein Gesetz, sondern wie dieß bei so manchem erst im Laufe der Zeit ausgebildeten Rechtsinstitut der Fall ist, auf die

---

m) Schweppe §. 15. S. 29.

dem Systeme zu Liebe gemachten Folgerungen der Juristen neuerer Zeit. Das römische Recht weiß nichts davon; es hat uns das Institut überhaupt in einer sehr rohen Gestalt hinterlassen. Auch die Reichsgesetze sind dieser Ansicht nicht entgegen, wie §. 104. gezeigt worden. Von den Partikulargesetzgebungen kennt wenigstens die preuß. Gerichtsordnung die Beschränkung der Wohlthat auf unglückliche Schuldner nicht.

Dieß sind die Regeln und Grundsätze des Moratoriums. Daß selbige durch den Anstandsbrief beschränkt werden können, leidet keinen Zweifel; sie zu erweitern, wird die höchste Gewalt wohl nicht leicht einen Anlaß finden, da man der Theorie ohnehin nicht den Vorwurf der Illiberalität, gegen den Schuldner wenigstens, machen kann.

§. 108.

Die rechtspolitische Seite der Moratorien.

Soviel von den Moratorien durch landesherrliche Begnadigung. Sie sind auch in ihrer Ableitung von dem Prinzip der öffentlichen Wohlfahrt gehässige Ausnahmen von der Regel des Rechts, und werden in dieser Form immer dafür gelten. Das öffentliche Wohl erscheint nirgends besser berathen, als da, wo Gerechtigkeit waltet und die Staatsfürsorge vornämlich dahin gerichtet ist, daß jedem zu dem Seinigen verholfen und Treue und Glauben erhalten werde *n*). Ihren Ursprung

---

n) Wem fallen hier nicht die bekannten Worte Ciceros ein: ab hoc genere largitionis, ut aliis detur aliis auferatur, aberunt ii, qui rempub. tuebuntur, in primisque operam dabunt, ut juris et judiciorum aequitate suum quisque teneat: et neque tenuiores propter humilitatem circumveniantur, neque locupletibus ad sua vel tenenda vel recuperanda obsit invidia. (de offic. L. II. c. 24.)

aus den Zeiten despotischer Regierungen herleitend widerstreben sie dem Geiste einer Zeit, in der sich die Begriffe von den Rechten der höchsten Gewalt rücksichtlich der Privatrechte ihrer Unterthanen in dieser und mancher andern Beziehung geläutert haben. Die Gnade, welche der Regent einem herabgekommenen Bürger zufließen lassen will, um demselben wieder aufzuhelfen, soll aus dem reichen Füllhorn seiner Macht hervorgehen, nicht aus den Beuteln der übrigen Staatsbürger genommen werden. Aber um verschuldeten Unterthanen aus der landesherrlichen Gnadenfülle aufzuhelfen, dazu dürfte wohl nicht leicht ein Regent reich genug seyn, — letzteres aber, oder die Unterthanen zur Nachsicht zu nöthigen, verbietet eine höhere Regentenpflicht, nämlich die, jedem bei seinem Rechte zu schützen. Auch braucht die höchste Gewalt in dem angegebenen Falle keine Privilegien und Dispensationen vom Gesetze zu ertheilen, da sie um den Zweck zu erreichen, andere Mittel hat: sie darf nur im Allgemeinen solche Gesetze geben, die es den Gerichten möglich machen, die Absicht zu erreichen, welche die Moratorien per rescriptum bezwecken. Was der Regent nur unvollständig kann: die Verhältnisse in den Rechten der Privaten mit Zuverlässigkeit und nach den Forderungen des Rechtsgesetzes, auch zur Beschwichtigung aller Zweifel und Bedenken und jedes unwürdigen Mißtrauens abwägen, das können die Gerichte. Diesen muß daher auch hier attribuirt werden, was als Attribut der obersten Gewalt dem Wohle des Ganzen eher hinderlich als förderlich ist.

Eben so weise als human ist daher nach der preußischen Staats- und Justizverfassung o) das Moratorienwesen als Parteisache schlechthin an die Gerichte gewie-

---

o) A. G. O. für die pr. Staaten Th. I. Tit. 47.

sen, und die Verfasser des Entwurfs der Civilprozeßordnung für Bayern (München 1825.) sind diesem Beispiele gefolgt, überzeugt, daß die gesetzgebende Gewalt, deren Prüfung jener Entwurf unterliegt, hierin nicht einen Vorschlag zur Aufgebung eines wesentlichen Regentenrechts finden wird. In den österreichischen Erbstaaten ist man sogar noch einen Schritt weiter gegangen, und hat alle Moratorien abgeschafft *p*).

Zweites Kapitel.

Von Conventional-Moratorien oder von Nachsichts- und Fristengestattungen durch Uebereinkunft mit den Gläubigern.

§. 109.

Forderung an die Unbefangenheit und Offenheit des Richters.

Dem Plane (§. 101.) gemäß soll jetzt von moratorischen und ähnlichen Vergleichen zur Abwendung eines Concurses gehandelt werden, wiefern sie auf freier Uebereinkunft aller Betheiligten beruhen, indem von dem durch die Mehrheit der Gläubiger beschlossenen, und so auch die Minorität derselben verpflichtenden, oder vom erzwungenen Vergleich am Schlusse der folgenden Hauptabtheilung die Rede seyn wird.

Soll durch gütliche Verwilligung der Gläubiger entweder ein Indult (moratorium conventionale) oder eine Eintheilung der Schuldforderungen in Fristen zu Stande kommen, so hängt es natürlich bloß von den Betheiligten ab, unter welchen Bedingungen diese Art

---

p) Oesterr. A. G. O. de 1782. §. 353.

von Stündung verwilligt werden will. Regeln können daher für diese Vertrags-Moratorien nur in sofern vorgeschrieben werden, als man den Richter verpflichten will, sich für eine dergleichen gütliche Uebereinkunft besonders zu verwenden.

Zuvörderst wird es also auch hier darauf ankommen, ob der Schuldner an sich hinlängliches Vermögen besitze, seine Schulden bezahlen zu können, und nur für jetzt dazu ausser Stande sey. Sind die Umstände so beschaffen, daß der Schuldner nicht nur jetzt hinlängliche Befriedigungs-Mittel nicht besitzt, sondern daß auch keine wahrscheinliche Aussicht vorhanden ist, daß seine Umstände sich verbessern werden, so ist wenigstens für den Richter kein rechtfertigender Grund vorhanden, sich wegen Gestattung einer Nachsicht oder fristenweiser Zahlungen zu verwenden. Es würde vielmehr eine solche Verwendung in den meisten Fällen auf die Zumuthung von Opfern ankommen, die den Richter leicht sogar dem Verdacht eines Mißbrauchs seiner amtlichen Autorität aussetzen könnten. Kann man also den Gläubigern nicht wenigstens mit Wahrscheinlichkeit darthun, daß sie bei längerer Nachsicht oder Bewilligung terminsweiser Zahlungen keine Gefahr zu besorgen haben, während, wenn sie sofort auf ihre Bezahlung drängen, der ausserdem abzuwendende Concurs mit seinen nachtheiligen Folgen für sie und den Schuldner, und rücksichtlich des letztern der Untergang eines durch billige Nachsicht zu rettenden Staatsbürgers unvermeidlich wäre: so kann das Zureden zu einer Handlung der Großmuth und Freigebigkeit leicht aus den Schranken der Bescheidenheit treten. Noch schlimmer wäre es, wenn der Richter sich zu Ueberredungskünsten oder wohl gar rücksichtlich des Vermögens- und Schuldenzustandes wider besseres Wissen zu unrichtigen Vorspiegelungen oder doch Uebertreibungen her-

abließe, und so die Täuschung der Gläubiger befördern hälfe.

Vor allen muß also besonders von Seiten des Richters mit Redlichkeit und Offenheit gegen die Gläubiger zu Werke gegangen werden. Es müssen die Vermögensumstände nicht falsch vorgebildet, selbst nicht einmal auf zweifelhafte Hoffnungen und Aussichten hin den Gläubigern die Aufgebung des Rechts zugemuthet werden, ihre Bezahlung vertragsmäßig oder nach der etwa richterlich feststehenden Verpflichtung sofort zu fordern. Es muß vielmehr wo nicht mit Gewißheit, doch mit hoher Wahrscheinlichkeit erhellen, daß sie nichts verlieren, wenn sie der Bedingung der Erhaltung ihres Schuldners in seinem Nahrungsstande die Unbequemlichkeit, nicht auf der Stelle zu dem Ihrigen gelangen zu können, zum Opfer bringen. Hat also der Schuldner keine wahrscheinliche Aussicht, daß er nach Ablauf der ihm verwilligten Frist im Besitze der Mittel, seine Gläubiger zu befriedigen, seyn werde, baut er bloß auf die Hoffnung besserer Zeiten, und daß zum Beispiel der gesunkene Güterwerth sich wieder heben dürfte, also das aus dem dermaligen niedern Stande desselben entstandene Mißverhältniß sich ausgleichen werde: so ist kein Grund vorhanden, den Gläubigern vielleicht wider ihre eigene bessere Ueberzeugung zuzumuthen, daß sie ihm länger Nachsicht geben sollen. Ohnehin würde mit einem solchen durch unbescheidene Zudringlichkeit und unerlaubte Ueberredungskünste halb erzwungen zu Stande gebrachten Vergleich dem Schuldner nur augenblicklich Ruhe geschafft, ihm nur Gelegenheit gegeben werden, noch einige Jahre auf Kosten seiner Gläubiger zu leben, die bei rechtzeitiger Zwangsvorkehr gegen ihn vielleicht nichts von dem Ihrigen verloren haben würden, wenn schon für den Schuldner nichts übrig geblieben wäre.

§. 110.
Rücksichten.

Unter die manchen eine Nachsicht rechtfertigenden Umstände wird daher gehören:

1) wenn der Schuldner zwar mit beträchtlichen Schulden beladen, sein Aktivvermögen jedoch noch bis auf eine solche Quota unverschuldet ist, daß ihm allenfalls noch, wenn gleich nicht nach den Forderungen der höchsten Sicherheit, neuer Credit gegeben werden könnte, und wenn derselbe dabei als Mann von Sparsamkeit, häuslichem Sinn und Arbeitsamkeit bekannt ist. Ergibt sich dagegen nach dem mit Sorgfalt und genauer Schätzung aufgenommenen Vermögensstatus, daß sein Activvermögen die Passiva nur um eine Kleinigkeit übersteigt, oder steht er sonst nicht in dem Rufe eines fleißigen, sparsamen und verständigen Mannes, oder hat er sich nach den Akten bei Schuldklagen schon öfters als zahlungsflüchtigen Schuldner, als Mann, der nicht Wort hält, dargestellt, von jeher mit der Zinszahlung nicht ordentlich eingehalten, seine Abgaben gewöhnlich erst durch Execution sich abpressen lassen u. d. gl., so ist er keiner von denjenigen, die zur Nachsicht zu empfehlen sind. Man läßt daher besser der Sache den rechtlichen Lauf, und was die Gläubiger bei der fortgesetzten Execution dem Schuldner etwa in Güte erlassen, mag er als Geschenk annehmen; anders ist vorherzusehen und durch lange Erfahrung bestätigt, daß der letzte Betrug ärger ist als der erste.

2) Ein anderer Fall, der Rücksicht verdient. Der Schuldner hat durch Ausstattung einiger Kinder sich, wie man sagt, wehe gethan; er hat die ihm angefallene, und zur Bezahlung eines Theils seiner Schulden bestimmte Erbschaft zur Dotation zweier Töchter verwen-

det, und dieß hat den Mann in die Lage versetzt, wo er jetzt nicht zahlen kann. Es übersteigt indessen sein Vermögen seine Schulden um ein Nahmhaftes. Sollte dieser Mann nicht Nachsicht verdienen, oder sollten die Gläubiger in dem Aufwand zur Versorgung zweier Kinder nicht eine Art von versio in rem, wenigstens in sofern finden, als ihres Schuldners Lage verbessert worden ist, weil sein Hausstand sich um einige der Unterstützung bedürfende Familienglieder vermindert hat?

3) Wieder ein anderer Fall: Der Schuldner, der sich bisher als einen ordentlichen Haushalter und gutdenkenden Schuldmann, besonders durch regelmäßige Entrichtung seiner Zinsen (ein Umstand, der sehr wichtig in der Wage der Prüfung ist) bewiesen hat, ist durch Unglücksfälle: Brandschaden, Hagelschlag 2c. in eine Lage gekommen, wo gerade heuer, — und weil sich dieß natürlich sofort nicht wieder ausgleicht — auch im nächsten Jahr ein Mißverhältniß in seinen Zahlungsmitteln entsteht. Sein Activvermögen beläuft sich nach glaubwürdigen Anschlägen auf 6000 fl., er ist aber nur 4000 fl. schuldig, selbst mit Inbegriff des durch den Feuerversicherungswerth nicht gedeckten Aufwands zur Herstellung seiner abgebrannten Gebäude. Uebertriebene Aengstlichkeit haben indessen einige seiner Gläubiger veranlaßt, ihm ihre Kapitalien aufzukündigen, vielleicht sind gar Wucherer und Spekulanten im Spiele, die auf das Besitzthum desselben Jagd machen, und bei einem übereilten Verkauf dessen habhaft zu werden hoffen: — welcher Richter wird Anstand nehmen, sich für diesen Mann um Nachsicht mit Ernst zu verwenden.

4) Auch günstige Verbindungen von Umständen können den Vermögenszustand eines Mannes, der jetzt darnieder liegt, voraussichtlich in kurzem sehr verändern. Wir sehen hier Einen, der öffentliche Gastwirthschaft

treibt.

treibt. Er ist ohne seine Schuld in bedeutendes Abnehmen seiner Nahrung und damit in viele Schulden gerathen. Man kann ihm nicht vorwerfen, daß er seines Orts etwas vernachlässiget habe, seine Wirthschaft mit Vortheil zu treiben. Allein der Platz, wo sein Etablissement ist, ist zur Wirthschaftsnahrung schlecht geeignet, und alle Bemühungen seine Umstände zu verbessern, waren bisher vergeblich. Nun zeigt sich aber auf einmal ein günstiger Umstand für sein Emporkommen. Die Regierung hat beschlossen, daß durch seinen Wohnort, eine neue Landstraße angelegt werden soll. Es ist vorherzusehen, daß dem Gasthof unsers Schuldners, dem bis jetzt nichts gefehlt hat, als Gäste, dadurch ein bedeutender Nahrungszuwachs zugehen wird, und daß der Mann der jetzt schwer verschuldet ist, vielleicht in wenigen Jahren sich bedeutend von Schulden erleichtert, und endlich ganz davon befreit sehen wird.

§. 111.

Fortsetzung.

Diese und ähnliche Umstände rechtfertigen, ja verpflichten einen Richter, der seine Verdienstlichkeit nicht bloß in einer kalten, theilnahmlosen Strenge bei Anwendung der Gesetze (denn dazu allein gehört freilich im Grunde wenig) sucht, für einen von seinen Gläubigern gedrängten Schuldner wegen Gestattung einer billigen Nachsicht, die den Umständen und wahrscheinlichen Aussichten rücksichtlich der Dauer des Zahlungshindernisses angemessen ist, sich zu verwenden. Sie zeigen ihm aber auch die rechte Mittelstraße zwischen den beiden Abwegen einer unbilligen Härte und jener unwürdigen Weichherzigkeit, die über den Thränen des Schuldners das Wehklagen der rechtlos bleibenden Gläubiger vergißt. Die gegebenen Beispiele sind zunächst aus unmittelbaren Erfahrungen des Verfassers dieser Schrift im Bereiche sei-

ner Wirksamkeit als Unterrichter über Bauern und Landbewohner entlehnt, und er hat vornämlich die Schuldner mit Grundeigenthums-Besitz vor Augen gehabt. Andere, die mit Schuldnern aus dem Stande der Bankiere, Kaufleute und Fabrikanten als Richter verkehren, werden die angedeuteten Rücksichten aus dem Gebiete ihrer Erfahrungen leicht vermehren und die Gesichtspunkte bezeichnen können, worauf es hier ankommt. Wem wäre es unbekannt, von welchem Einflusse nicht nur die größern Weltbegebenheiten: Aussichten auf Krieg und Frieden, auf Freiheit oder Beschränkung des Handelsverkehrs von Reichen zu Reichen, sondern auch die Grundsätze der einzelnen Regierungen, finanzielle Ansichten, neue Systeme rücksichtlich der Abgaben, der Gewerbsfreiheit, der Beförderung oder Beschränkung der Industrie ꝛc. — auf das Wohl des Einzelnen und mithin auch auf das Wiederaufleben des gegenwärtig dem Verdorren nahen Baumes seines Nahrungsstandes haben. Wer wollte unter andern an dem vortheilhaften Einflusse zweifeln, den gewisse günstige Ereignisse z. B. die Anlegung einer neuen Commerzialstraße, ein Kanalbau, die Verlegung des Sitzes eines Landescollegiums, einer Universität an einen Ort u. d. gl. auf den Wohlstand der Einwohner besonders gewisser Gewerbtreibender, auf den Absatz der Produkte, auf den Preis der Miethzinse und somit auf den Werth der Häuser haben. Ein Ereigniß dieser Art kann für manchen in seinem Nahrungsstande herabgekommenen Bürger soviel werth seyn, als eine Erbschaft.

§. 112.

Der Richter kann und soll auch von Amtswegen hier den Vermittler machen.

Gewöhnlich ist es der von seinen Gläubigern gedrängte Schuldner, der auf ein solches gütliches Ueber-

einkommen bei Gericht anträgt, wenn seine und der von ihm angegangenen Mittelspersonen aussergerichtliche Bemühungen bei den Gläubigern fehlschlagen, was gewöhnlich dann der Fall zu seyn pflegt, wenn Gläubiger und Schuldner zu den niedern Ständen gehören. Unerfahrenheit in der Behandlung solcher Geschäfte, Mangel an Vertrauen und Vereinigung des Willens verursachen, daß es schon an der zweckmäßigen Einleitung fehlt, noch mehr aber an der Ausführung für einen durchgreifenden Zahlungsplan. Man wendet sich daher an die Gerichte, und dieß geschieht ordentlicher Weise von dem Schuldner. — Allein der Richter sollte es nicht einmal auf das Anrufen seines Vermittelungsamts hier ankommen lassen. Wenn er nämlich aus den mehrern kurz nach einander einkommenden Schuldklagen wahrnimmt, daß des Schuldners Vermögens-Umstände bedenklich sind, so sollte er, — statt sich mit Instruirung einzelner Schuldprozesse zu beschäftigen, und unnöthige Kosten zu verursachen, oder, was noch schlimmer wäre, der einseitigen Vigilanz Vorschub zu thun und durch Executionen die gemeinschaftliche Befriedigungsmasse zu vermindern, — die Sache von einer andern Seite angreifen. Es wäre doch wohl nicht so sehr ausser der Ordnung, als es leider ausser Uebung ist, wenn der Richter unter solchen Umständen den Schuldner aufforderte, seinen Vermögens- und Schuldenzustand getreulich anzugeben, um sodann mit den vorzuladenden Gläubigern die Mittel ihrer Befriedigung zum Gegenstande der gemeinschaftlichen Berathung mit Zuziehung des Schuldners und seiner Freunde zu machen. Die Gläubiger können zwar nur monitorisch vorgeladen werden, und wenn sie nicht erscheinen, so kann sie kein anderer Nachtheil treffen, als daß angenommen wird, sie wollten an der gütlichen Vermittelung keinen Theil nehmen. Allein die Erfahrung lehrt, daß die auch nur so vorgeladenen Gläubiger selten ausbleiben,

sey es auch nur um zu sehen, wie es eigentlich mit ihrem Schuldner steht. Es versteht sich von selbst, daß die etwa schon eingeleitete Execution zum Besten des einen oder des andern Gläubigers dadurch nicht sistirt werden kann. Denn so lange der Schuldner selbst vor eröffnetem Concurse einen Gläubiger vor dem andern befriedigen kann (§. 4.), so muß dem Gläubiger um so mehr freistehen, im Wege Rechtens seine Befriedigung zu suchen. Wenn indessen der Richter (und hier habe ich denn vorzugsweise unsere mit einem einzigen Richter besetzten deutschen Justizämter vor Augen) den rechten Zeitpunkt wahrnimmt, und seine sühnamtliche Thätigkeit nicht verzögert, so wird es selten bis zu diesem Extreme kommen, da ja ohnehin die Execution nicht Knall und Fall verhängt wird. Statt daß der Erkennung der Hülfsvollstreckung, wie es so häufig geschieht, aus einer rechtlich einmal nicht zu billigenden Schonung für den Schuldner Anstand gegeben, diese wenigstens verzögerlich betrieben wird, sollte man hierbei auch das Interesse der Mitgläubiger in der angegebenen Art berücksichtigen.

§. 113.
— besonders der einseitigen Vigilanz der Gläubiger wehren.

Je kleiner die Activmasse in Verhältniß zur Passivmasse ist, um so unvermeidlicher ist der Concurs. Offenbar ist es also ein Mittel denselben, sey es auch nicht abzuwenden, doch minder verderblich zu machen, wenn man durch rechtzeitige Einschreitung verhütet, daß durch übereiltes Andringen einzelner Gläubiger die Masse zum Nachtheile der übrigen erschöpft werde, denen vielleicht weniger ihre Sorglosigkeit, als ihre Gutmüthigkeit verderblich zu werden droht. Es deutet immer auf eine Unvollkommenheit in der Rechtspflege, wenn zwischen gleichberechtigten Gläubigern die größere Emsigkeit und Ge-

wandtheit in der Verfolgung des Rechts das stärkere Recht bestimmt, und wenn der wohlerfahrne Kapitalist, der wuchernde Jude die Vortheile der Vigilanz ernten und sich vor ausbrechendem Concurse herausziehen, während dieß dem wackern Gelehrten und Künstler, der unberathenen Wittwe, dem armen Dienstboten, die ihr sauer Erspartes hingegeben haben, nur selten glückt.

Es ist mir gar wohl bekannt, was man hier einwenden wird. Ich kenne die beliebte Theorie von der Freiheit der Rechtsverfolgung oder was man das s. g. Verhandlungs-Prinzip nennt; ich will auch hier darüber hinwegsehen, daß, so wohl berechnet dasselbe sonst auch seyn mag, die für die Unthätigkeit des Richteramts daraus abgeleiteten Folgerungen dem, was der unverkrüppelte Verstand gottgefällige Gerechtigkeit nennt, ohngefähr nur so entsprechen, wie die Heilmethode jenes Arzts seiner und besonders seiner Patienten Absicht entspricht, die bei aller ihrer sonstigen methodischen Vortrefflichkeit und Consequenz nur den einzigen Fehler hat, daß sie bloß gewissen Naturen heilsam ist. — Ich fordere sogar strenges Halten an der aus jenem Prinzip richtig abgeleiteten Norm des Verfahrens: aber ich glaube, daß das, was ich hier von dem Richter verlange, mit derselben gar wohl verträglich ist. Uebrigens rechne ich bei dem hier zu treffenden Abkommen mehr auf das Beste der Gläubiger, als auf das Wohl des Schuldners, sofern nicht die Verhältnisse von der Beschaffenheit sind, daß der Schuldner sich zum Moratorium nach den vorhin aufgestellten Grundsätzen eignen würde. Sind bei dem Schuldner Vermögen und Schulden gleich, oder kann ein Uebergewicht der Activmasse etwa nur von Glückszufällen erwartet werden, wofür allenfalls nur eine entfernte Wahrscheinlichkeit vorhanden ist; so darf der Richter zu einem bloß dem Schuldner vortheilhaften Abkom-

men die Gläubiger nicht zu bestimmen suchen, noch weit weniger auf Kosten Anderer sich mitleidig beweisen, und das auf seine legale Mitwirkung gesetzte Vertrauen dadurch täuschen, daß er etwa die eigentlich kritischen Seiten zu Gunsten des Schuldners und zum Nachtheile der Gläubiger bemäntelt, wie leider zu oft geschieht. Dem Schuldner und den Gläubigern zugleich zu helfen, so weit dieses überhaupt bei dieser so bedenklichen Collision von Rechten ausführbar ist, nicht bloß ersterem eine Zeitlang Ruhe zu schaffen und letztere, gewöhnlich mit Gefahr für ihre Rechte, zu beschwichtigen, — das ist es, was die Gerechtigkeit fordert, und wenn es erreicht wird, ihren Pflegern Ehre bringt. Alles andere ist Täuschung, unwürdig des Richteramts und selbst für den unredlichen Zweck wirkungslos, da, während die Gläubiger in Schaden kommen, dem Schuldner in der Regel doch nicht aufgeholfen wird.

Drittes Kapitel.

Von Nachlässen zur Abwendung eines Concurses auf gütliche Uebereinkunft.

§. 114.

Allgemeine Betrachtungen über das Praktische solcher Vergleiche.

Auch durch Nachlässe an den Forderungen kann ein Concurs abgewendet werden, und wenn die Prozente bedeutend sind, so ist dieß sogar ein recht souveränes Mittel für diesen Zweck. Hier ist die Rede von Nachlässen, welche durch Vermittlung des Richters zu Stande kommen, wo die Gläubiger, es sey nun aus Mitleiden mit dem Schuldner oder um ihres eigenen Besten willen lieber einen Nachlaßvergleich eingehen, als es auf

den Concurs wollen ankommen lassen. Von dem Falle, wo ein Theil der Gläubiger einem solchen Vergleich beitreten muß, weil ihn die übrigen beschließen, ist hier nicht die Rede; davon wird in der Folge gehandelt werden, indem ein solcher Vergleich besonders für die frühere Beendigung eines schon erkannten Concurses praktisch ist.

Wenn der Schuldner sich nicht zum Moratorium eignet, auch die Gläubiger ihm freiwillig nicht Nachsicht geben wollen, weil sein Vermögen entweder von den Schulden balancirt oder wohl gar überwogen wird, so bleibt ihm allerdings noch ein Ausweg übrig, nämlich entweder aussergerichtlich, oder auch unter Mitwirkung des Richters, mit den Gläubigern auf gewisse Prozente sich zu vergleichen. Die Gläubiger können hier zu einem Opfer sich bewogen finden, entweder aus Mitleiden mit dem Schuldner, oder auch weil sie auf diese Weise wenigstens in kurzer Zeit, obschon mit einiger Einbuße zu ihrem Gelde gelangen. In Rücksicht auf den Schuldner sind dergleichen Nachlässe nicht sehr praktisch, wenigstens nicht für den Zweck seiner dauernden Erhaltung. Was ihm die Gläubiger, ohne ein zu großes Opfer zu bringen, bewilligen können, ist gewöhnlich nicht sehr viel, auf jeden Fall zu wenig zu seiner und seiner Familie Erhaltung. Hat der Mann mit 30,000 fl. Vermögen nicht auskommen können, vielmehr eben so viel, oder wie es gewöhnlich der Fall ist, noch weit mehr an Schulden contrahirt, so kann das, was ihm die Gläubiger, und unter diesen wieder vorzugsweise die nicht privilegirten nachlassen können, (da die privilegirten ohnehin gewöhnlich sich zu nichts verstehen) unmöglich so bedeutend seyn, daß sich davon zu seinem und der Seinigen Fortkommen viel versprechen ließe. Ist er durch Nachlässigkeit, Hang zum Wohlleben und zur Verschwendung oder durch Ungeschicklichkeit in diese zerrütteten Um-

stände gerathen, so ist das, was die Gläubiger ihm verwilligen, in der That ein Almosen, das an einen Unwürdigen verschwendet wird. Der Leichtsinn wird selten durch die Noth curirt; ist die Katastrophe einmal überstanden, so treibt es der für den Augenblick Gerettete mit dem Wenigen wieder eben so, wie zuvor mit dem Vielen. Der Richter kann also auch mit gutem Gewissen hier nicht viel thun, um die Gläubiger zur Mildthätigkeit zu veranlassen. Die Fälle aber, wo ein Schuldner durch bloße Unglücksfälle in Vermögensverfall gerathen, also noch Hoffnung ist, daß er durch Fleiß und Thätigkeit auch mit wenigem seinen Nahrungsstand allmählig wieder herstellen werde, — diese Fälle sind wenigstens nicht häufig.

§. 115.
Ein Nachlaßvergleich kann auch im Interesse der Gläubiger seyn.

Es können aber die Gläubiger auch ohne Rücksicht auf das Wohl und die Erhaltung des Schuldners sich veranlaßt finden, bei einer eintretenden Vermögensunzulänglichkeit in das, was zu ihrer theilweisen Befriedigung vorhanden ist, lieber in Güte sich zu theilen, als es auf förmliche concursmäßige Behandlung ankommen zu lassen. Sie überzeugen sich, daß diese Behandlung nicht ohne Beschwerlichkeiten mancher Art vor sich geht und daß der Nachtheil der Masseverminderung durch Kosten, Verlust an Zinsen u. s. w. in Verbindung mit dem Zeitverluste, den sie der ordnungsmäßigen Verfolgung ihres Rechts zum Opfer bringen müssen, und mit dem Verdruß über die lange Ungewißheit rücksichtlich des Ausgangs des Concurses, leicht weit höher anzuschlagen seyn kann, als die Vortheile einer nähern und gründlichen Erörterung der Rechtsverhältnisse und als die Ausbeute, die diese verspricht. Sollte daher auch bei

längerem Warten Ausſicht zur Erlangung eines beſſern Käufers für die Immobilien vorhanden ſeyn, oder ſollte bei dieſer oder jener Forderung die Liquidität oder das Vorzugsrecht noch Bedenken unterworfen ſeyn, und einer oder der andere Intereſſent von der nähern Ausmittelung dieſer Verhältniſſe noch einen Vortheil erwarten dürfen, ſo iſt doch darauf nicht leicht ſichere Rechnung zu machen. Auf keinen Fall iſt die Sache ſo klar und ausgemacht, daß der hievon einen Vortheil ſich verſprechende Theil nicht dagegen die Gewißheit der Reſultate eines baldigen Ausgangs der Sache im Wege des Vergleichs billig in Anſchlag bringen ſollte, wenn anders der Richter hier den freundlichen und wohlwollenden Vermittler machen will und, worauf freilich ſehr vieles ankommt, zugleich das Vertrauen ſeiner Amtsanbefohlenen nicht nur überhaupt, ſondern auch in ſofern beſitzt, daß man ſich von ihm überzeugt hält, es ſey lediglich aus Sorge für das Beſte der Parteien, daß er ſeine vermittelnden Bemühungen anwendet, nicht bloß aus Rückſicht für ſeine eigene Bequemlichkeit, alſo nur um die Laſt der Inſtruction und Entſcheidung eines Concursprozeſſes ſich vom Halſe zu ſchaffen. Viele Richter werden wohl ſchon die Erfahrung gemacht haben, daß die auf dieſe Weiſe, mit Vorbeugung eines nach den Regeln der Kunſt beendigten Schuldenweſens, in Güte auseinandergeſetzten Betheiligten, ſelbſt diejenigen nicht ausgenommen, die mit weit ausſehenden und vortheilhaften Spekulationen die Schwelle des Gerichts betraten, ſehr zufrieden das Gerichtszimmer verließen, weil ſie nur wußten, daß nun die Sache aus ſey. In der That rechnet man viel zu wenig auf die Neigung der Concursgläubiger zum Vergleich. Hier iſt weit mehr Gelegenheit und Beweggrund zur gütlichen Vereinigung als bei jedem andern Rechtsſtreit, eben weil bei keinem andern der günſtige Erfolg für den Fordernden ſo ſehr von den Um-

ständen abhängt, als im Concurse. Denn hier schützt nicht das gute Recht, nicht klare Briefe und Siegel, die sonst dem Rechtsuchenden Vertrauen einflößen, eben weil hier mehr als anderwärts es nicht sowohl auf die Verbindlichkeit des Schuldners, als vielmehr auf dessen Fähigkeit ankommt, und das beste Recht bei der Execution Schiffbruch leiden kann. Nur muß man freilich bei solchen Vergleichen das Wohl der Schuldner bei Seite setzen, oder es nur in sofern berücksichtigen, als es neben dem Interesse der Gläubiger bestehen kann.

§. 116.

Auch ein solcher Vergleich fordert das Bekanntwerden aller Gläubiger.

Aber soll ein solcher Vergleich auf eine feste Grundlage gebaut seyn, so muß, auch abgesehen von der Verpflichtung der Dissentirenden durch einen Beschluß der Mehrheit und wenn man bloß bei der freien Uebereinkunft aller Gläubiger stehen bleibt, die Gewißheit gegeben seyn, daß alle Gläubiger hiebei concurrirt haben. Denn alle Gläubiger ohne Unterschied haben Anspruch auf ihre Befriedigung, und wenn gleich sonst die Zulänglichkeit des Vermögens bei der bloßen Executionsverhängung für einen oder den andern derselben kein Gegenstand der Fürsorge des Richters für alle werden kann, — denn hier muß jeder nicht unmittelbar concurrirende um so mehr für sich selbst sorgen, als man nicht wissen kann, ob er überhaupt gerade jetzt schon seine Befriedigung verlangt: — so ist dieß doch ganz anders, wenn einmal mehrere Gläubiger sich vigiliren und klagend auftreten, und wenn schon gerichtliche Einschreitungen im Interesse aller gemacht sind, es sey durch Unterhandlung eines Indults oder eines Nachlasses. Hier muß sowohl dem Schuldner als den Gläubigern selbst daran liegen, daß alle Gläubiger an der Verhandlung Theil nehmen.

Ohne diese Theilnahme Aller, wäre keine Versicherung für den Schuldner, daß nicht die zurückgesetzten oder nicht zugezogenen Gläubiger dasjenige morgen als Gegenstand ihrer Befriedigung in Anspruch nähmen, was ihm heute von den übrigen aus gutem Willen überlassen worden. Auch die Gläubiger wären nicht sicher, wenn sie anders nicht sofort durch wirkliche Zahlung befriedigt würden, sondern nur durch eine Novation in ein neues Creditverhältniß träten, daß nicht der Gegenstand ihrer Befriedigung auch von Andern, vielleicht sogar besser Berechtigten in Anspruch genommen werden möchte q).

§. 117.

Also Nothwendigkeit der öffentlichen Vorladung und der Eröffnung des Concurses.

Zu dieser Versicherung für Schuldner und Gläubiger führt allein dasjenige Mittel, welches die Ueberzeugung gewährt, daß **alle Gläubiger** an der Verhandlung Theil genommen oder doch, wenn sie wollten, Theil nehmen konnten, so daß also deren Nichterscheinen als Zustimmung zu den Beschlüssen der Erschienenen mit Rechtsbestand anzunehmen ist; und dieses Mittel ist: **die Vorladung aller Gläubiger**, und da auch die unbekannten unter ihnen Gläubiger sind, die Vorladung durch

q) Numquam, sagt **Mevius** in discuss. levam. inopiae debitor. cap. III. n. 111. creditorum humanitate et tranquillitate potietur debitor, si ex comparentium placito absentium rigorem semper cogeretur metuere. Ipsimet creditores, qui aliquid remittendo residui certitudinem intenderunt, spe sua frustrarentur: pactorum et actorum valor et revocatio foret in arbitrio non comparentium; judiciorum auctoritas et quies in discrimen adduceretur, si absentis contradictio decreta redderet elusoria.

Edictalcitation mit präclusiver Wirkung. Da aber diese nur in Folge der förmlichen Concurseröffnung geschehen kann, so folgt daraus, daß zu einem rechtsbeständigen gütlichen Abkommen die Maßregel der Concurseröffnung unumgänglich nothwendig ist. Man erschrecke nur nicht vor dem Mittel und glaube, daß mit der Concurseröffnung auch zugleich die Nothwendigkeit gegeben sey, daß der Concurs nunmehr auch im Wege Rechtens durchgestritten werden müsse. Dieß folgt ganz und gar nicht. Die Strecke von dem Beginnen der gerichtlichen Einschreitungen bis zu dem critischen Liquidationstermin, welcher gleichsam die Thüre gegen weitern Andrang verschließt, ist in der That nur ein kleiner Theil von der langen Bahn, welche, wenn die Sache im Wege Rechtens fortgetrieben wird, durchzuwandeln ist, bis man zum Ziele oder zur Vertheilung der Masse kommt. Die Stadien jenseits des Ruhepunkts, den der Liquidationstermin macht, sind ohne Vergleichung die längsten, und bieten die größten Schwierigkeiten dar. Denn mit dem Liquidationstermin beginnt nicht nur eigentlich erst der Prozeß über die Herstellung der Passivmasse, wie sonst der Rechtsstreit mit der Klage, sondern die noch schwierigere Behandlung über die Activmasse liegt größtentheils jenseits der Grenze, welche der Liquidationstermin bezeichnet.

Also ist die Concurseröffnung zu verhindern oder zu verzögern auch in sofern (man vergleiche im übrigen §. 1 ff.) durchaus nicht das geeignete Mittel zur Abwendung der Concursübel.

Aber man wird einwenden: Wird nicht durch die Ediktalcitation der Schuldner um guten Ruf und Credit gebracht, also der Zweck des gütlichen Uebereinkommens, sofern er darin besteht, daß der Schuldner bei häuslichen

Ehren und Würden erhalten werde, vereitelt? Dagegen ist nun vor allen zu bemerken, daß dieses Mittel ohnehin nur dann angewendet wird, wenn Grund zur Eröffnung des Concurses, also eine Ueberschuldung vorhanden ist, folglich nur wenn es sich um einen Nachlaßvergleich handelt. Wozu also hier Schonung gegen einen Ueberschuldeten, der alles nur von der Großmuth seiner Gläubiger erwarten kann, mithin keinen derselben täuschen darf? Ist es ferner mit dem Schuldner soweit gekommen, so pflegt dieß ohnehin nicht lange ein Geheimniß zu bleiben, und die Creditquellen von selbst zu versiegen. Endlich hat aber auch die öffentliche Vorladung der Gläubiger nicht ohne Unterschied die bedenklichen Folgen für die Erhaltung des Schuldners, die man sich etwa vorstellt. Dem Kaufmann mag freilich über seine bürgerliche Existenz der Stab gebrochen seyn, wenn seine Gläubiger ediktaliter vorgeladen werden, wiewohl es, wenn es einmal soweit mit ihm gekommen ist, daß er mit seinen Gläubigern abhandeln muß, mit seiner fernern Existenz ohnehin ein ziemlich prekäres Ansehen hat. Allein der größte Theil der Schuldner sind Nichtkaufleute, und bei diesen ist es ohnehin anders. Der Professionist, der Landeigenthümer, der Edelmann, der Staatsdiener existiren nicht durch fremden Credit; ihnen ist dieser oder vielmehr der erleichterte Borg sogar nachtheilig. Kein Geld bekommen und wenn man Schulden hat, keine Nachsicht finden können, ist oft die wirksamste Kur gegen Leichtsinn, Verschwendung und liederliche Wirthschaft. Sind die Schuldner, wenn sie auch das Bittere der Bedingungen des Rechtsganges unter solchen Umständen hinnehmen müssen, ihrer Schuldenlast durch Vergleich mit ihren Gläubigern los, so sind sie in der That in integrum restituirt; sie mögen sich künftig nun anders einrichten, mit wenigerem haushalten lernen, oder als Kaufleute ihr Geschäft einschränken, im übrigen aber, beson-

ders die Nichtcommercirenden, ihre Hülfsquellen mehr in sich selbst als in fremdem Credit suchen.

Viertes Kapitel.
Ueber die Bedingungen der Concurseröffnung.

§. 118.

— besonders wenn der Schuldner widerspricht und die Gläubiger mit ihren Anträgen zögern.

Die Frage nach den Bedingungen der Concurseröffnung und insonderheit nach den Grenzen der amtlichen Thätigkeit des Richters hiebei wird ausser dem nahen Zusammenhange mit dem eben Erörterten schon darum hier ihre passende Stelle in dieser Schrift finden, weil sie auch im Gange der Begebenheiten selbst bei der Behandlung eines Schuldenwesens zwischen der Frage, wie ein Concurs abzuwenden, und wie er abzukürzen, in der Mitte steht, folglich auch zwischen der gegenwärtigen und der nächstfolgenden Hauptabtheilung dieses Werks ihren schicklichen Platz einnimmt, oder, wenn man so will, den Uebergang vom materiellen zum formellen Concurse macht.

Daß der Concurs eröffnet werden darf, wenn der Cridar selbst sein Unvermögen anzeigt, selbst wenn er mit dieser Anzeige nebenbei auf gütliche Behandlung mit seinen Gläubigern den Antrag macht, und diese fehl schlägt, leidet keinen Widerspruch. Auch da leidet es keinen Zweifel, wenn die Gläubiger darauf antragen, und in dem deßfalls veranstalteten Präliminar-Verfahren die Vermögens-Insufficienz sich darstellt. Aber Schuldner und Gläubiger pflegen sich hierbei nicht zu übereilen. Von dem Schuldner darf dieß ohnehin nicht Wunder nehmen, da derselbe leicht begreiflich ohne Noth nicht selbst das

Werkzeug zur Vernichtung seiner bürgerlichen Existenz werden will. Aber auch die Gläubiger sind es in der Regel wenigstens nicht, die auf Concurseröffnung antragen; nicht als ob sie dazu nicht Fug und Macht hätten, wie Herr von Gönner *r*) glaubt, (wovon hernach mit mehreren) sondern weil sie nicht wollen. Theils hindert sie ein sonderbares Vorurtheil gegen den Concurs (§. 1.); sie fürchten die Arzeney mehr als die Krankheit; theils ihr im übrigen gerade nicht übel verstandenes partikuläres Interesse. Leicht begreiflich kann hieraus großer Nachtheil für diejenigen Gläubiger entstehen, die nicht in der Lage sind, im Trüben fischen zu können. Der Schuldner, im ungehinderten Besitze seines Vermögens, thut nichts zur Vermehrung desselben. Ein so herabgekommener Schuldner hat gewöhnlich keine Hoffnung mehr, sich zu erhalten, und es erstirbt auch in ihm Freude, Lust und Interesse an einem Besitzthum, das er nur gleichsam noch bittweise inne hat. Was er thut und nicht thut, geht auf Verminderung des Activvermögens und auf Verrückung des Passivzustandes. Er will sich Freunde machen mit dem ungerechten Mammon; daher die Gratificationen des einen Gläubigers vor den übrigen, daher die unerlaubten Begünstigungen, um sich die lästigsten Dränger vom Halse zu schaffen, welches nicht selten, gerade die gesetzlich am wenigsten begünstigten unter seinen Gläubigern sind; selbst Veräusserungen in fraudem creditorum sind eine Folge der dem Schuldner überlassenen Disposition. Zwar haben die beschädigten Gläubiger in letzterer Beziehung den Schutz der Gesetze im Wege der paulianischen Klage. Allein von der Unzulänglichkeit dieses Mittels war schon oben (§. 4.) die Rede, und wenn irgend der Satz wahr ist: melius est, intacta jura ser-

r) Handbuch Band IV. Seite 510.

vari quam post causam vulneratam remedium quaerere *s*) so ist dieß hier der Fall. Eben so gewiß ist es aber auch, daß manche Nachtheile und Verwirrungen, welche hieraus als Zugabe zu den Weitläufigkeiten und Verwickelungen der Concursprozesse entstehen, abgeschnitten werden können, wenn man mit der Concurseröffnung nicht zögert, so bald dazu rechtlicher Anlaß gegeben ist, wie dieß schon im Eingange dieser Schrift gezeigt worden ist.

§. 119.

Ueber die richterliche Thätigkeit bei der Concurs-Eröffnung.

Aber wenn nun der Schuldner seine Insolvenz nicht selbst angibt, und auch von den Gläubigern deßfalls kein Antrag erfolgt, was soll geschehen? Daß der Richter den Concurs nicht von Amtswegen eröffnen darf, d. h. ohne daß ihm dazu von Seiten der Betheiligten (Schuldner und Gläubiger) besonders rechtfertigender Anlaß gegeben wird, darüber ist man so ziemlich einverstanden. Der bürgerliche Richter verwaltet sein Amt nur aufgefordert. Es ist dieß auch nach der preuß. Prozeßverfassung, so sehr hier der Spielraum der richterlichen Thätigkeit sonst erweitert ist, nicht anders; es ist dieß überhaupt in keinem Theile der cultivirten Welt anders, wo man richtige Begriffe von dem Wesen und Umfange der richterlichen Gewalt hat. Mag also der Richter, selbst aus den Akten (denn jede andere Kenntniß und Ueberzeugung von den schlechten Vermögens-Umständen des Schuldners gälte ja hier ohnehin für nichts) Gründe zu den ungünstigsten Vorstellungen von dem Vermögens- und Schuldenzustand eines Gerichtseingesessenen haben, oder dieser noch so oft in Schuldsachen als Beklagter vor ihm erscheinen; so gibt ihm dieses keinen rechtlichen Anlaß zu Maß-

s) L. 5. C. in quibus caus. in integr.

Maßregeln im Interesse der Betheiligten, die dergleichen nicht beantragt haben. Und wenn der Richter noch soviel weiß von "Hypothekschulden, Vormundschaften, Verhaftungen für Heirathsgut, für Erbschaftsgelder, Hinauszahlungen, Kassenrückständen, oder verfügten Executionen und dergleichen" — dieses alles und was man etwa gar noch in den weiten Mantel eines "und dergleichen" fassen möchte, und was den Richter "besorgen macht, das Vermögen des Schuldners möchte zur Bezahlung seiner Gläubiger nicht hinreichen" *t*) — dieß alles berechtigt ihn nicht, den Concurs von Amtswegen zu eröffnen oder Handlungen unaufgefordert vorzunehmen, die auf eine concursmäßige Einleitung abzielen, z. B. durch Sistirung von Executionen rc.; es berechtigt ihn so wenig, als er ohne Klage ein streitiges Rechtsverfahren einleiten kann. Seine Befugniß und Verpflichtung beschränkt sich unter so bedenklichen Umständen lediglich auf diejenigen Maßregeln, wovon hernach (§. 127.) die Rede seyn wird.

Man kann sich daher die Ansichten v. Gönners *u*) durchaus nicht zu eigen machen, wenn derselbe aus dem prekären und zwischen Wahrheit und Irrthum schwebenden Satze: daß ein Concursverfahren nur durch einen Act der richterlichen Reflexion sein Daseyn erhalte, und von dem Vorbringen(?) der Parteien unabhängig sey, — ein Satz, der, wie er dasteht, zu den gefährlichsten Irrthümern führt, ob er gleich für seine Tendenz besonders eigentlich nichts bedeutet, — folgende Behauptungen ableitet:

1) Die Gläubiger könnten durch ihren Antrag einem Concurse seine Existenz nicht verschaffen, denn be-

---

t) Handb. IV. Seite 512.

u) Ebendas. Seite 509. sqq.

vor derselbe existirt, würde ihr Auftreten in Gesammtheit eine unerlaubte subjective Klagenhäufung seyn, jeder Gläubiger könne nur sein Recht als Einzelner geltend machen, nur seine Befriedigung suchen, folglich auf Eröffnung des Concurses nicht antragen;

2) daß der Richter die Execution aufhalten, und erst eine Untersuchung des Vermögenszustandes des Schuldners anstellen könne, wenn er wahrnehme, daß die Hülfsvollstreckung auf Kosten anderer Gläubiger geschehen könnte, damit er nicht durch seinen richterlichen Schutz die Rechtsgleichheit verletze;

3) daß die Vermögensinsuffizienz nicht erlaube, das Recht eines einzelnen Gläubigers zu realisiren, sondern die Gläubiger das Recht hätten, in ihrer Gesammtheit ihre Befriedigung zu verlangen;

4) daß alle Gläubiger gleichen Schutz verlangen und daher die Einleitung eines Verfahrens, welches ihnen diesen Schutz gewähre (also auch unaufgefordert?) erwarten könnten, und daß hierin der Begriff von dem Concurs als judicium universale liege. Der Richter sey auch Depositär des allgemeinen Willens aller Gläubiger.

§. 120.

Prüfung der Gönner. Ansichten.

Diesen Behauptungen tritt nun vor allen mit überwiegender Stärke entgegen der, von Gönner selbst, wie sich von ihm erwarten läßt, so oft und vielmal aufgestellte Satz, daß wo kein Kläger ist, auch kein Richter seyn könne. Auch darf man kaum noch erinnern, daß unter allen Institutionen die Vormundschaft über die Großjährigen, die ihren Sachen selbst vorstehen können, es sey die Absicht dabei noch so gut, zu den schlechtesten Einrichtungen mißverstandener Staatsfürsorge gehören

würde. Betrachtet man aber die einzelnen Behauptungen näher, so sieht man sogleich, daß sie auf einer Täuschung beruhen und ganz unhaltbar sind. Denn

ad 1. ist es theoretisch und praktisch unrichtig, daß die Gesammtheit der Gläubiger den Antrag auf Concurseröffnung nicht machen könne, ohne sich einer unstatthaften subjectiven Klagenhäufung schuldig zu machen, und eben so unrichtig ist die Vorstellung, daß der Einzelne, wenn er auf Concurseröffnung anträgt, etwas anderes beabsichte, als seine Befriedigung. Zuvörderst kann hier als eine eben so bekannte als natürliche Erscheinung vorausgesetzt werden, daß bei dem Antrage auf Conc. Eröffnung niemals die Gesammtheit der Gläubiger auftritt. Geschähe es auch, daß deren noch so viele aufträten, und wären auch nach der Angabe des Gemeinschuldners nur die Provocanten seine Gläubiger und ausser ihnen niemand; so würde ihnen dennoch, wenn sie als Gesammtheit aufträten, der mangelnde Beweis der Sachlegitimation entgegenstehen, und die Führung dieses Beweises würde die Erlassung der Ediktalcitation, den Eintritt des Liquidationstermins und die Präclusion der etwa noch vorhandenen Gläubiger voraussetzen, wodurch allein die Unicität der als Gesammtheit handelnden hergestellt seyn würde; mit einem Worte, es würde vorausgesetzt werden, daß schon der Concurs erkannt und bereits darin verfahren worden, der doch erst erkannt werden soll. Es erfolgt also der fragliche Antrag immer nur von einem Theile der Gläubiger oder, was hier eben soviel gilt, von allen bekannten, oder auch was eben so gut Statt findet v), von einem allein. Denn auch der Einzelne ist berechtigt, die Gefahr von

v) Archiv für civ. Pr. III. S. 83.

sich abzuwenden, die aus der verzögerten Concurseröffnung (§. 1 ff.) für ihn zu besorgen ist. Wenn nun einer oder mehrere Gläubiger die Conc. Eröffnung verlangen, so thun sie dieß nicht etwa im Interesse aller; nein, sondern jeder nur eben "um sein Recht als Einzelner geltend zu machen." Nach der von Gönner. Ansicht möchte der Unkundige auf die Vorstellung verfallen, der Antrag der Provocanten ginge dahin: man möge einen Concurs formiren, damit jeder Gläubiger zu dem Seinigen käme. Ein solcher Antrag wäre nun freilich sehr ungeschickt. Aber so wird auch keiner bitten, wenn er allein auftritt, und so werden 6 und 10 oder wieviel ihrer seyn mögen, nicht bitten, wenn sie mit einander auftreten, sondern er oder sie werden sagen, was sie zu fordern haben, und daß sie Gefahr liefen, wenn mit der Execution und Auspfändung gegen den Schuldner zum Besten des A und B verfahren, oder die Kaufgelder aus dem Gute, welches zur Execution öffentlich verkauft worden, dem C und D ausgeantwortet würden u. s. w., daß sie daher mit diesen Maßregeln inne zu halten, und die Sache zur ordnungsmäßigen Befriedigung der Interessenten auch mit Rücksicht auf sie, einzuleiten bäten. Mehr werden sie, wenn sie nicht Rechtsverständige sind, nicht sagen; mehr brauchen sie aber auch nicht zu sagen, um dem Richter rechtlichen Anlaß zu geben, die weitere Verhandlung zur Begründung des decretum de aperiundo concursu sofort einzuleiten. Denn es ist im übrigen ganz gleichgültig, ob einer oder keiner von allen diesen Gläubigern auf kunstgerechte Weise das Petitum gestellt hat, daß man mit Eröffnung des Concurses verfahren möge, wenn man nur versichert seyn darf, daß sie mit der auf ihr Vorbringen erfolgten Einschreitung des Richters einverstanden sind, weßhalb sie denn, sofern sie Rechtsunkundige, gehörig zu belehren sind.

ad 2. Wenn der Richter bloß auf seine eigenen Wahrnehmungen hin und aus eigener Bewegung zum Besten der Betheiligten, ohne daß diese, auf etwaige Belehrung von der Lage der Sache, darauf antrügen, die Execution sistirte, so würde er sich der Verweigerung der Rechtshülfe schuldig machen und daneben einer unzeitigen und ungebührlichen Fürsorge für die übrigen Gläubiger anmassen, von denen er nicht weiß, ob sie nicht ihre Gründe haben, noch nicht klagbar wider ihren Schuldner aufzutreten. Hierdurch ist auch die Behauptung

ad 3. widerlegt, und nur eine ungemessene richterliche Vormundschaft kann hier eine Einschreitung zum Besten aller auf den Grund der einseitigen Ueberzeugung des Richters motiviren. Anlangend aber

ad 4. die Behauptung, daß der Richter gleichsam der Depositär des Gesammtwillens der Gläubiger sey, so mag hieran in gewisser Art etwas wahres seyn, aber man wird lieber diese beliebige Fiction entbehren, als sich dem Mißbrauche derselben aussetzen. Nicht was der Richter allen Gläubigern für gut hält, mögen diese darum auch für gut und heilsam erachten. Als Richter soll er nur entscheiden, was streitig ist, und sofern als nach einer einmal angenommenen Attribution auch ein Theil der Polizeigewalt in seine Hände gelegt ist, sorgen, daß die Gläubiger, wenn sie auf vorbemerkte Weise die richterliche Hülfe angehen, diese Hülfe finden, und die Rechtsunkundigen und Nichtvertretenen unter ihnen soll er nach Gelegenheit unbefangen belehren.

§. 121.

Fortsetzung.

Allein Hr. v. Gönner legt seinem Satze von der richterlichen Reflexion als Entstehungsgrund des Concur-

ses, selbst keine eigenthümliche Bedeutung bei, gleichsam als wenn hier von einer besondern Thätigkeit des Richters die Rede wäre. Er sagt (S. 511.) die richterliche Reflexion setze bald eine weitläufige Untersuchung voraus, bald bedürfe sie deren nicht; das letztere trete in den Fällen ein, die ich oben §. 6. als die Fälle der freiwilligen Vermögensabtretung und was derselben gleich gilt, bemerkt habe, das erstere finde bei der zwangsweisen Abtretung Statt. — Aber die richterliche Reflexion thut hier weiter nichts zum Daseyn eines Concursprozesses, vermittelst des Eröffnungsdecrets, als was sie zum Daseyn jeder andern rechtlichen Entscheidung auch thut, und Hr. v. Gönner prädicirt von seiner richterlichen Reflexion weiter nichts, als daß der Richter, ehe er zur Entscheidung oder zur Schlußfolge kommt, die zwei vorhergehenden Funktionen des Geistes, Denken und Urtheilen, wirken läßt. Wie immer urtheilt und schließt also auch hier der Richter aus gegebenen Thatsachen, aus Prämissen, die er sich nicht willkührlich componirt, sondern die im Wege der Ordnung zu den Akten gebracht sind. —

Der Satz von der Reflexion des Richters, als wirkender Ursache des Concurses, ist aber auch gefährlich, und zwar nicht bloß in dem Sinne, wie jeder Irrthum gefährlich ist, sondern ganz besonders für die in Frage stehende Lehre, und als Schein- und Trugprinzip für eine rechtlose Willkühr des Richters. Denn damit würde es bei jeder Schuldklage, bei jeder Execution in dessen Hände gegeben, vielmehr derselbe sogar verpflichtet seyn, Nachforschungen anzustellen, ob auch das Vermögen für alle daran etwa eine Forderung habende Gläubiger zureiche, — gleichsam als Vormund und Verwalter des Vermögens jeder seiner Gerichtsinsassen! Und so würde er denn, was doch Hr. v. G. selbst für unzuläßig erklärt, "den Inquisitor zu spielen und unaufgefordert Rechte zu

schützen" gesetzlich verpflichtet seyn. — Ich beziehe mich im übrigen auf die Ausführungen oben §. 21. u. 26.

Es ist, wie ich hier schließlich erinnern will, nicht ohne Interesse, die Bemerkung zu machen, daß selbst in der Periode, wo unser Concursproceß noch in seiner Kindheit war, und also auch zu einer Zeit, wo man überhaupt die Grenzen der richterlichen Befugnisse noch nicht so genau abgesteckt hatte, wo vielmehr der gerichtsobrigkeitlichen Fürsorge noch ein weiteres Gebiet eingeräumt war (vergl. §. 32.), dennoch strenge an dem Grundsatze gehalten wurde: der Richter dürfe auch hier nicht unaufgefordert handeln. Nur wenn der Schuldner zur Güterabtretung gelassen zu werden verlangte oder flüchtig wurde, konnte der Richter zum Concursverfahren schreiten, ausserdem nicht, selbst dann nicht, wenn sich aus den schwebenden Prozessen seine Insolvenz ergab *w*). — Oder findet man hierin etwa gar ein Argument für die hier angefochtene Theorie? und hätten wir also mit der Rechtsphilosophie, und gleichsam im Umgange mit dieser weniger spröden Stiefschwester der Jurisprudenz, minder strenge Grundsätze angenommen, so daß wir nun weniger Scheu vor den Rechten der Parteien hätten, als unsere Vorfahren? —

§. 122.

Versuchte Berichtigung der Lehre von den Grenzen der offiziellen Thätigkeit des Richters bei einer eintretenden Verschuldung des Vermögens.

Wenn die Frage ist: wie weit geht die Befugniß und Verpflichtung des Richters, bei einem Schuldenwesen zum Besten der dabei Betheiligten unaufgefordert

---

w) Eichhorn R. G. IV. §. 576. Note g.

thätig zu seyn? so wird man hiebei vor allen von selbst nicht vergessen, daß hier von deutscher Gerichtsverfassung und von deutschen Richtern die Rede ist, und man wird, besonders was die Gerichte erster Instanz und darunter vornämlich die Untergerichte, also diejenigen betrifft, wo die Frage hauptsächlich vorkommt, manches minder auffallend finden, was mit dem Maßstabe der justizhierarchischen Einrichtung in Frankreich und der dort in ihrer höchsten Reinheit erhaltenen richterlichen Gewalt gemessen, befremden möchte. Es ist bekannt, daß bei unsern deutschen Gerichten, besonders vom untergerichtlichen Ressort, ausser der Sphäre des instruirenden und rechtsprechenden Amts manche Attributionen aus dem Gebiete der Rechtspolizei Statt finden, wofür nach der französischen Justizverfassung andere Beamte angestellt sind. Ob diese altvaterländische Einrichtung gut ist, davon soll hier keine Rede seyn; wir nehmen die Sache, wie sie ist, und voraussichtlich wohl noch länger seyn wird.

Bei der Frage selbst, kommt es nun vor allen darauf an:

I. ob von Eröffnung des Concurses oder

II. von bloß provisorischen Maßregeln und conservatorischen Verfügungen die Rede ist?

§. 123.

I. Wenn von Eröffnung des Concurses die Rede ist.

Was die Concurseröffnung betrifft, so kommt es zwar hiebei wesentlich auf Vermögens-Unzulänglichkeit des Schuldners und auf eine Collision der Rechte mehrerer Gläubiger an; aber nicht allein. Diese Maßregel erfolgt zum Besten der hiebei Betheiligten, zunächst der Gläubiger; sie muß also auf Antrag derselben geschehen, und der Richter kann sie nicht von Amtswegen

verfügen. Nur in den Fällen, wo 1) der Schuldner selbst sich zur Vermögensabtretung erbietet, oder 2) zu seiner Verlassenschaft kein Erbe vorhanden ist, oder 3) wenn der Schuldner sich auf eine verdächtige Weise entfernt hat (§. 6. I.), wird zwar nicht schlechthin von Amtswegen mit der Concurseröffnung verfahren, aber es ist der Antrag darauf wenigstens in den ersten beiden Fällen von selbst gegeben, oder kann, wenn man dieß zur bessern Form und des Systems wegen so will, in dem zweiten Falle von dem aufgestellten Verlassenschafts-Curator, sowie, im dritten, wenn eine Vermögensbeschlagnehmung mit Aufstellung eines Curators erfolgt ist, und niemand sonst darum implorirt, von diesem gemacht werden. Ueber einen solchen, nicht von den Gläubigern selbst ausgehenden Antrag werden diese mit ihren allenfallsigen Erinnerungen kürzlich gehört, und sodann, wenn sie nichts erhebliches dabei zu bemerken haben, der Concurs durch Dekret erkannt.

In allen andern Fällen, wo Verdacht einer Ueberschuldung eintritt, muß, selbst wenn derselbe nach den Akten gerechtfertigt erscheint, dennoch der Antrag der Gläubiger auf Eröffnung des Concurses abgewartet werden, und der Richter ist von Amtswegen nur zu provisorischen Einschreitungen berechtigt, wie hernach gezeigt werden wird.

§. 124.

Fortsetzung.

Da dieser Antrag eine Unzulänglichkeit des Vermögens voraussetzt, welche nur in den vorhin benannten drei Fällen als ausgemacht erscheint, so folgt, daß die auf Concurs provozirenden Gläubiger wenigstens Umstände anführen und nöthigen Falls bescheinigen müssen, die jene Insuffizienz wahrscheinlich machen.

Darüber hört der Richter den Schuldner, und wenn derselbe dem Antrage widerspricht, ordnet er eine Vermögens-Untersuchung mit Zuziehung beider Theile an. Dem Schuldner liegt nun hier ob, die Zulänglichkeit des Vermögens darzuthun. Das Verfahren ist etwa folgendes. Dem Schuldner wird die Provokation der Gläubiger mitgetheilt und ihm aufgegeben, binnen einer kurzen peremtorischen Frist ein glaubhaftes Verzeichniß seines Vermögens und seiner Schulden einzureichen, unter dem Rechtsnachtheil, daß ausserdem die Vermögens-Unzulänglichkeit als zugestanden angenommen und ohne weiters mit Eröffnung des Concurses verfahren werden würde. Ueber den eingereichten Vermögens- und Schulden-Status wird hierauf zwischen den Gläubigern und dem Schuldner summarisch verhandelt und mit Vorbehalt der Berufung entschieden. Ist auf Concurs erkannt, so rechtfertigt dieses auf jeden Fall, wenn auch der Schuldner appellirt, die Vorkehr provisorischer Sicherheitsmaßregeln.

Mehr kann und darf der Richter nicht thun. Mögen also die Umstände ihm noch so bedenklich erscheinen, so muß er dennoch den Antrag der Gläubiger abwarten, um den die Abtretung des Vermögens verweigernden Schuldner dazu für verbunden zu erklären. Der Richter erscheint hier als Civilrichter, und es handelt sich von veräusserlichen Rechten, von einer Verfügung zum Besten der Gläubiger, die, ohne daß sie es verlangen, um so weniger erlassen werden kann, als sie sich der Wohlthat derselben begeben können. Der Staat hat den Richter hier so wenig als bei den sonstigen Rechtsstreitigkeiten zum Vormunde der Parteien und Besorger ihrer Angelegenheiten aufgestellt. Schreitet er ohne ihren Willen ein, so kann er dieß möglicherweise auch wider ihren Willen. Die Fiktion von einer Depositärschaft rücksichtlich eines Gemeinwillens der Gläubiger in den Händen

des Richters (§. 120.) ist im allgemeinen wenigstens in diesem Stadium des Rechtsganges der Behandlung eines Schuldenwesens und als Grundsatz für die daraus abgeleiteten Folgerungen, so unerfindlich und so wenig auf einen rechtlichen Grund gebaut, als in der Anwendung auf eine einzelne Partei, deren Rechte der Richter im Vertrauen auf ihre vermuthliche Zustimmung unaufgefordert in Schutz zu nehmen sich berufen finden wollte.

§. 125.

II. Wenn es sich bloß um vorsorgliche Maßregeln handelt.

Verschieden von der Concurseröffnung ist die Verfügung provisorischer Maßregeln zur Erhaltung des gegenwärtigen Zustandes, wozu der Richter entweder in dem Antrage der Betheiligten Veranlassung findet, oder auch kraft der ihm dießfalls attribuirten polizeilichen Gewalt selbst von Amtswegen befugt, ja verpflichtet ist. Dem Staate liegt daran, Gefahr von seinen Bürgern, wenigstens in dem Falle durch obrigkeitliche Gewalt auch unaufgefordert abzuwenden, wenn augenblickliche Hindernisse der freien Thätigkeit der Parteien in Besorgung ihrer Angelegenheiten eintreten, um dadurch zu verhüten, daß nicht die nachher erst implorirte Hülfe zu spät komme. Der Richter schreitet also von Amtswegen nicht allein in den §. 123. bemerkten drei Fällen, sondern nöthigen Falls und wenigstens provisorisch auch dann mit Vermögensbeschlagnehmung und sonstigen Sicherheitsvorkehrungen ein, wenn und so oft die Besorgniß einer gefährlichen Veränderung des gegenwärtigen Standes der Dinge eintritt. Es liegt dieses wie gedacht, nicht nur in dem Wesen des Richteramts und in der, wenigstens in Deutschland ihm obliegenden Fürsorge zur Abwendung von Gefährden rücksichtlich derjenigen Parteien, die aus irgend einer Ursache ihr Bestes selbst gehörig zu besorgen verhindert sind, sondern man kann

dafür auch ausdrückliche Gesetze, namentlich die Reichs-Pol. Ordn. von 1577. Tit. 23. §. 3. anführen.

Diese ausserordentlichen Maßregeln setzen aber in alle Wege 1) eine Gefahr bei dem mit einer regelmäßigen Behandlung verbundenen Verzuge, 2) den Antrag der Parteien oder 3) wenn der Richter von Amtswegen verfährt, doch die Ueberzeugung voraus, daß dieß wenigstens nicht gegen den Willen der Betheiligten geschehe.

Um so viel als möglich der richterlichen Eigenthätigkeit entübrigt zu seyn, ist es rathsam, die Betheiligten von den eintretenden bedenklichen Umständen in Kenntniß zu setzen, damit sie selbst im Stande seyn mögen, ihr Bestes wahrzunehmen.

Die vorsorglichen Einschreitungen bestehen gewöhnlich in Verhängung oder auch in Fortsetzung der bereits für einen andern Zweck verfügten Vermögensbeschlagnehmung mittelst Anlegung der Sperre, Inhibition an die Schuldner rücksichtlich der ausstehenden Activforderungen, Eintragung arrestatorischer Verwahrungen in das Hypothekenbuch u. s. w. Tritt also aus Anlaß eines Sterbfalls, entweder weil kein Erbe im Besitz ist, oder weil die Erben oder einige derselben der vormundschaftlichen Fürsorge bedürfen, eine Versiegelung des Nachlasses ein, und es ergibt sich hiebei, oder doch bei der hierauf erfolgten Inventur eine Unzulänglichkeit des Vermögens zur Bezahlung der Nachlaßschulden; so setzt der Richter die Sperre nun aus einem andern Grunde, als dem der sichern Ueberantwortung an die Erbberechtigten fort, ohne jetzt schon, ehe die Erben die Erbschaft ausgeschlagen haben, sogleich den Concurs zu erkennen. Natürlich wird dieser provisorische Zustand nicht von langer Dauer seyn, da die Erben und deren Vertreter sich hier nicht lange zu bedenken pflegen, was sie thun wollen. —

Ein solches amtlich verfügtes Provisorium kann auch in Arrestsachen eintreten, wenn sich bei der Justifikation des erkannten Arrestes ein verschuldeter Zustand ergibt. Sollte hier also auch der nächste Anlaß des Arrestes wegfallen, etwa weil der Impetrant sonst zufrieden gestellt wird, so wird der Richter doch nicht sofort mit der Freigebung des verkümmerten Vermögens verfahren, wenn erhellet, oder doch mit Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, daß die übrigen Gläubiger bloß aus Mangel an Kenntniß von der Lage der Umstände ihres Schuldners nicht laut geworden sind. Sie werden also vor allen hievon und von den amtlich vorsorglich getroffenen Vorkehrungen benachrichtigt und ihre weitern Anträge, wozu ihnen übrigens eine kurze peremtorische Frist zu setzen, abgewartet. — Gleiches kann bei der Vermögens-Separation geschiedener Ehegatten, oder bei gerichtlich vorgenommenen andern Gemeinschafts-Auseinandersetzungen der Fall seyn.

Es ist Pflicht des Richters, die seiner amtlichen Fürsorge anvertrauten Parteien auf eine ihnen drohende Gefahr aufmerksam zu machen, so bald er annehmen darf, daß sie davon keine Kenntniß haben, also sie von bedenklichen Vorgängen bei der etwa nur mit einem oder etlichen Gläubigern verhandelten Regulirung von Schuldforderungssachen zu benachrichtigen. Sind es Rechtsunkundige, und sind sie nicht vertreten, so müssen sie auch über ihre Zuständigkeiten unverfänglich belehrt werden. — Diese fürsorgliche Thätigkeit des Richteramts fordert eine etwas nähere Betrachtung.

§. 126.

Rechtfertigung dieser richterlichen Fürsorge für die Parteien.

Was zuvörderst die Belehrung der Rechtsunerfahrnen betrifft, so glaube ich hier nicht erst auf den bekannten Unterschied zwischen Belehren und Rathge-

ben aufmerksam machen zu dürfen. Den Rathgeber kann und darf der Richter nicht machen, wohl aber darf und muß er die Parteien, die der Rechte und Geschäfte unkundig sind, belehren. Damit aber dieses Belehren nicht in ein unstatthaftes Rathgeben ausarte, so muß sich der Richter hiebei nicht nur jeder verfänglichen Anhandgebung von Rechtsbehelfen enthalten, sondern überhaupt der höchsten Unbefangenheit sich befleißigen x). Aber diese Verwendung des Richteramts ist häufig sogar unerläßlich. In vielen Fällen, wo es nothwendig auf einen Antrag der Parteien ankommt, würde die Sache ins Stocken gerathen, wenn der mit rechts- und geschäftsunkundigen Parteien handelnde Richter zur Erledigung derselben nichts weiter thäte, als bis er gehörig implorirt worden. Denke man sich den Fall, ein Schuldner hätte sein Unvermögen, jedoch nicht zum Zwecke der Cession, sondern um bei seinen Gläubigern unter gerichtlicher Vermittelung einen Nachlaßvergleich zu erzielen, angezeigt, die desfallsige Bemühung wäre aber fehlgeschlagen. Hier werden freilich die Gläubiger von selbst auf Eröffnung des Concurses antragen. Allein häufig werden sie, wenigstens ausdrücklich, diesen Antrag nicht machen, und der Richter, dem es gerade nicht darum zu thun wäre, die Nothwendigkeit der Bearbeitung eines Concurses früher als dieß nur irgend seyn muß, herbeizuführen, könnte leicht in der scheinbaren Beruhigung der Gläubiger und in dem beliebten Unthätigkeitsprincip einen willkommenen Polster seiner Liebe zur Bequemlichkeit finden und die Sache hängen lassen, bis "gehörig" angerufen würde. Ich gebe zu, daß man ihm, wenn er sich hier so passiv verhielte, in vielen, vielleicht in den meisten Fällen

---

x) Vergl. meine Schrift: über die Grenzen des Richteramts in bürg. Rechtssachen (Nürnberg 1819.) §. 20. fg.

nichts würde anhaben können, daß er wenigstens keine Syndikats- oder Regreßklage zu befürchten haben dürfte. Aber ich glaube auch, daß der Richter seiner Pflicht nicht genügt, wenn er sie nur innerhalb der Grenzen der äussern Verantwortlichkeit erfüllt, d. h. nicht weiter geht, als er gerade muß, oder im eigentlichen Sinne des Worts nur dem officium mercenarium genügt.

Was die bei gewissen bedenklichen Umständen für nothwendig erachtete Benachrichtigung an die Gläubiger betrifft, so ist dieselbe besonders in der preuß. Gerichtsordnung *y*) den Gerichten zur Pflicht gemacht. Es ist nämlich dort bestimmt: Wenn auch durch keine der vorhin bemerkten Veranlassungen Grund zur Concurseröffnung gegeben ist, der Richter hat aber aus dem aktenmäßigen schlechten Vermögenszustand des Schuldners Grund zu vermuthen, daß die mit Execution auf ihn andringenden Gläubiger mit der Provocation auf den Concurs vorsätzlich und zur Gefährdung der übrigen Gläubiger zurückhalten, oder wenn er findet, daß durch längern Aufenthalt Verwirrungen und Verdunkelungen der Masse zu besorgen sind, so soll er den übrigen Gläubigern von der Lage der Sache Nachricht geben und einen Termin anberaumen, in welchem sie sich über die ihnen geschehene Bekanntmachung und die etwa nöthige fernere Einleitung der Sache zu erklären haben.

Ich finde diese Maßregel sehr zweckmäßig, ja sie ist in Fällen, wo Handlungen zur Gefährdung der Gläubiger zu des Richters Wissenschaft gelangen, sogar nicht zu umgehen, will anders derselbe sich nicht zum Theilnehmer unerlaubter Verfügungen zum Schaden der Gläubiger machen. In vielen Fällen würde der Richter,

---

y) Thl. I. Tit. 50. §. 9. fg.

wenn er ohne alle Rücksicht auf andere, gleichfalls ihre Befriedigung fordernde Gläubiger, bloß mit der Hülfe zum Besten des ungestümern und darum zuerst kommenden Gläubigers, ohne weiters verführe, die übrigen bevortheilen helfen, gesetzt auch, daß deren Forderungen noch nicht so ganz zur Hülfsvollstreckung reif wären. Vollends würde er, wenn er Begünstigungen von Seiten des Schuldners zuließe, mit Recht den Vorwurf auf sich laden, daß er sich zum Werkzeuge rechtswidriger Handlungen hergebe. Denn dafür sind Veräusserungen in fraudem creditorum und Gratificationen gesetzlich erklärt, die hier durch seine Handreichung zu Stande kommen. Denke man sich in ersterer Beziehung, oder in Rücksicht auf gratificirende Executionen, folgenden Fall. A hätte 1200 fl. — und B um dieselbe Zeit 1000 fl. — gegen den nämlichen Schuldner eingeklagt. In der Sache des erstern wäre das Erkenntniß auf Zahlung rechtskräftig, indeß die Sache des andern wegen einiger Schwierigkeiten des Falles oder wegen besonderer Eingelenke des Schuldners zu derselben Zeit erst spruchreif instruirt vorläge. Der Beklagte würde zur Zahlung verurtheilt, wendete aber die Appellation ein. Unterdessen dringt A auf Execution. In der Zwischenzeit sind noch einige Schuldforderungen eingeklagt worden und es ist, wie die Sachen stehen, zu besorgen, vielleicht gar augenscheinlich, daß das Vermögen nicht für alle, die sämtlich mit Einschluß des A bloße Chirographarien sind, zureichen möchte. Sollte hier der Richter zum Besten des A ohne weiters mit der Execution verfahren, oder zugeben, daß der Schuldner denselben durch Bestellung einer Hypothek offenbar zum Nachtheil der übrigen Gläubiger gratificirt? Gilt es nicht von allen, quod sibi vigilarint? (§. 5. B. 2.) Und da, ehe der A befriedigt worden, auch B und die übrigen aufgetreten, würde nicht pluribus "instantibus," sogar mit Zuthun des Rich-

Richters, Einer allein zum Nachtheil der übrigen einen Vortheil sich zu eigen machen? Ohne Zweifel würde er in der Folge rechtlich angehalten werden, mit den übrigen zu theilen. Das hieße aber doch buchstäblich den bekannten Satz umgekehrt anwenden und anstatt jura partium intacta servare, vielmehr causae vulneratae remedium quaerere; nicht zu gedenken der Widersprüche, in welche hier der Richter, da er für unrecht erkennen müßte, wozu er früher selbst mitgewirkt hat, verwickelt werden würde. Und wie sähe es vollends mit dem öffentlichen Glauben auf richterliche Handlungen hier aus? Ich verlange zwar nicht, daß der Richter die Execution sistire, (wie Hr. v. Gönner und schon vor ihm, aus der irrigen Vorstellung von einem, mit dem formellen dießfalls gleiche Wirkung habenden materiellen Concurs, auch Claproth z) verlangt) — und dieß schon darum nicht, weil mit diesem Stillstand eigentlich bloß dem Schuldner gedient seyn würde, — vielmehr soll mit der Execution fortgefahren werden. Nur soll die hierdurch beigetriebene Summe vorläufig mit Vorbehalt des Rechts eines jeden, mithin auch des von dem Executions-Extrahenten etwa erlangten richterlichen Pfandrechts, in Beschlag genommen werden. Es versteht sich von selbst, daß das Verfahren hier vorzüglich beschleunigt werden muß, damit besonders der auf erlaubte Weise vigilirende Gläubiger nicht hingehalten werde.

§. 127.

Fortsetzung. Es liegt hierin nichts Anomalisches.

Wenn in der angenommenen Befugniß und Verpflichtung des Richters zu der bemerkten Mittheilung an die Gläubiger etwas Anomalisches und mit dem Wesen

z) Summar. Prozesse §. 293.

der richterlichen Wirksamkeit Unvereinbarliches gefunden wird *a*), so kann ich diese Ansicht aus den schon angeführten Gründen nicht theilen. Selbst darin geht meines Erachtens die preuß. Gerichts-Ordnung nicht zu weit, wenn sie den Richter verpflichtet, mit der Bekanntmachung einen Termin anzuberaumen, in welchem die Gläubiger sich erstlich über die ihnen geschehene Bekanntmachung, und zweitens über die "etwa" nöthige fernere Einleitung zu erklären haben. Denn eines Theils sind die Gläubiger nicht gebunden, eine Erklärung abzugeben, wie zu ihrem Besten die Sache ferner einzuleiten seyn möchte, andern Theils thut aber auch bei der Mehrzahl der Gläubiger, besonders derjenigen, mit welchen die Untergerichte zu schaffen haben, (und bei diesen werden ja doch die allermeisten Concurse verhandelt) eine mündliche Erklärung und Verständigung oft sehr noth. Man weiß sogar aus Erfahrung, daß die schriftliche Benachrichtigung in solchen Fällen häufig gar nichts nützt. Die Gläubiger werden gewöhnlich nur durch Circularien von dem richterlichen Beschluß in Kenntniß gesetzt. Sie haben also schon nichts in der Hand, was sie mit Muße lesen und betrachten könnten. Der insinuirende Gerichtsbote pflegt zu eilen, und so findet denn der, welchem die Vorzeigung geschieht, oft nur Gelegenheit zu einem flüchtigen Durchlesen, welches bei manchem oft nur in einem Buchstabiren besteht. Daß die Partei an einem bestimmten Tage vor Gericht erscheinen und rücksichtlich des ihr angedeuteten Gegenstandes "das Weitere gewärtigen solle," das kann sie leicht merken, und merkt es auch, und kommt; aber anders ist es, wenn in einem weitläufigen Dekret ein Sachverhältniß

---

a) Lotz im Archiv für civ. Pr. III. S. 91. neben vielen trefflichen Bemerkungen, die ich unbedingt unterschreibe.

auseinandergesetzt und eine räsonnirende Verfügung, vielleicht gar mit mehreren Beilagen, Gegenstand der Insinuation ist. Zwar gibt man der Partei auf Verlangen eine Abschrift; aber diese hat der Gerichtsbote nicht bei sich, man kann sich auch deren Erlangung wegen nicht sicher an denselben wenden; es bleibt also für den, dem ein solches Circular vorgezeigt worden, nichts weiter übrig, als selbst vor Gericht zu gehen und sich eine Abschrift geben zu lassen. Also doch ein nothwendiger Gang zum Gericht. Aber damit ist es noch nicht abgethan, daß man eine Abschrift erhält; — was nun anfangen? — Der größte Theil der so Vorgeladenen muß nun entweder sofort einen Sachwalter zu Rathe ziehen, oder von dem Richter sich die Sache erst recht klar machen lassen. — Man wird nicht vergessen, daß hier zwar nicht von allen Gläubigern die Rede ist, aber doch von der Mehrzahl. Hierzu kommt noch das Vorurtheil, womit die Rechtsunkundigen des Publikums, also wiederum der größte Theil der Gläubiger gegen alles, was nur entfernt auf einen Concurs abzielt (und dahin geht doch die Tendenz der fraglichen Benachrichtigung) zum voraus eingenommen ist. Wenn aber auch alles dieß nicht wäre, so ist die Einleitung der Sache auf eine gemeinschaftliche Berathung vor Gericht schon an sich viel werth. Zur Empfehlung der Maßregel kommt aber auch noch der ganz und gar nicht gleichgültige Umstand in Betrachtung, daß da, wo "aus dem längern "Aufenthalt der Sache Verwirrungen und Verdunkelun-"gen der Masse zu besorgen sind," noch besondere Rücksichten für den Staat und die Gerichte eintreten; Rücksichten, welche dem, der noch auf etwas weiter sehen will, als nur darauf, was etwa die starre Consequenz aus einem angenommenen Prinzip zwar in das Schulbuch, aber damit bei weitem noch nicht in das Leben gebracht hat, allerdings von Bedeutung sind. So wird

man denn die Praxis auch wegen einer scheinbaren Anomalie wohl nicht verdammen, wenn sie selbst auf Gefahr einer kleinen Abweichung vom Systeme, der Natur folgt. Es sind daher auch Gönners Ansichten von den Befugnissen des Richters nur in sofern nicht zu billigen, als von Eröffnung des Concurses von Amtswegen die Rede ist; von der Seite provisorisch polizeilicher Maßregeln betrachtet verdienen sie allerdings Beachtung.

§. 128.

Modalitäten der Geltendmachung der richterlichen Belehrung der Parteien.

Wenn der Richter mit den Parteien allein verhandelt, und die der Rechte und Verhältnisse unkundigen auf das was vorgeht, und was ihnen die Gesetze verstatten, belehrend aufmerksam macht, so übt er nur das mildrichterliche Amt im rechten Sinne des Worts, wobei niemand in seinem freien Entschlusse gehindert ist. Auch braucht er dabei weder den Advokaten zu machen, noch Willensmeinungen zu ergänzen, um die Sache in das ordentliche Geleise zu bringen. Setzen wir den vorhin (§. 127.) bemerkten Fall: ein Schuldner hätte seinen Vermögens= und Schuldenzustand angegeben, woraus seine Ueberschuldung hervorgeht, und er hätte auf einen Nachlaßvergleich angetragen, die Gläubiger hätten sich aber dazu nicht bewegen lassen; was wird nun weiter geschehen? Die Verhandlung ohne weiters abbrechen und die ganze Sache liegen lassen, bis etwa von den ohne rechtlichen Beistand erscheinenden Gläubigern ein formgerechter Antrag erfolgt, — das kann doch nicht der rechte Weg zum Ziele nach den Absichten der Betheiligten seyn? — Hier muß also mehr geschehen, und es wird von Seiten des Richters, um die Sache in den rechten Weg zu leiten, nur des einfachen Vorhalts bedürfen:

da der Schuldner selbst angegeben, daß er mehr Schulden als Vermögen hat, und da ihr, die Gläubiger, keinen Nachlaß und auch keine weitere Nachsicht verwilligen wollt, jeder vielmehr ganz befriedigt seyn will und sogleich, — was soll denn nun geschehen?

Hier wird sich die Sache von selbst machen, ohne daß der Schuldner und die Gläubiger in zierlicher Form erklären, jener: "ich bin genöthigt zu der Rechtswohlthat der Güterabtretung meine Zuflucht zu nehmen" (was schon implicite in der Anzeige von seinen schlechten Vermögensumständen liegt, worauf er sein Gesuch um gütliche Auseinandersetzung mit seiner Creditorschaft angebracht hat) oder die Gläubiger: "wir sehen uns denn vermüßiget, auf Eröffnung des Concurses anzutragen." — So steif und formularmäßig geht es nicht her, sondern der Richter sagt: "also bleibt nichts weiter übrig, als den Concurs zu eröffnen," und der Schuldner sagt: "ich kann es nicht ändern," und die Gläubiger: "wenn es nicht anders ist, so bitten wir eben, daß so bald als möglich das Nöthige verfügt wird." Heißt das nicht gerade so viel als wenn der Schuldner bonis cedirt, die Gläubiger auf Concurseröffnung angetragen hätten? Ueberhaupt würde man sich sehr irren, wenn man der Meinung wäre, alles was in solchen Fällen von den ohne rechtlichen Beistand auftretenden Parteien angebracht wird, komme aus ihrem eigenen Verstande her. Der Richter ist und bleibt immer die Seele ihrer Willensbestimmung und wenn es bei ihm weder am Kopf noch am Herzen fehlt, so ist es auch recht gut so. Uebrigens pflegt man darüber, daß der Richter im Concurse zu viel aus eigener Bewegung handle, daß er zu rasch und energisch verfahre, gerade nicht häufig Beschwerden zu hören, wohl aber darüber, daß so mancher Richter aus Mangel an praktischer Taktfestigkeit oder aus Unthätigkeit die Sache in ihrem verworrenen Zustande läßt, wie man sagt, nichts ausmacht, und so endlich eine Verwirrung anrichtet, die oft nur mit dem Schwert eines nothgedrungenen Vergleichs aufgelöst werden kann, was denn aber auch nicht selten die Folge hat, daß ehe es zur Distribution der Masse kommt, ein Theil der Gläubiger das Schicksal des Schuldners theilt und ein Concurs den andern gebiert.

§. 129.

Schlußbemerkung.

Schließlich darf überhaupt folgende Betrachtung hier nicht ausser Acht gelassen werden:

So lange nach der Justizverfassung in Deutschland ein Theil der Funktionen des öffentlichen Ministeriums mit dem Amte des Richters vereinigt ist, und unsere Gerichte, neben der Rechtspflege im strengen Sinn auch mit einem Theile der Polizeigewalt oder der Fürsorge für die Rechtsschutzbedürftigen bekleidet sind; so lange darf es auch nicht befremden, wenn unsere Richter bei gewissen Rechtsinstituten, wo es eigenthümlich auf das Interesse Dritter, die nicht unmittelbar an dem Streite Theil nehmen, ankommt, weiter gehen müssen, als ihnen nach den strengen Regeln der bürgerlichen Rechtspflege vorgeschrieben seyn sollte, wenn das Richteramt bei uns so rein gestellt wäre als in Frankreich. Auch ist es mit der provisorischen Beschlagnehmung, wenn auch nicht mit einer förmlichen Sistirung der Execution sehr verträglich, was dem Richter hier attribuirt wird, und so lange die Abwendung von Gefährdungen, überhaupt von rechtswidrigen Handlungen zum Amte des Richters gehört, muß ihm auch obliegen, dasjenige abzuwenden, was als gesetzwidrige Handlung Einfluß auf die Prozeßführung hat, sofern er davon Kenntniß erhält. Wo es sich um Abwendung von Nichtigkeiten oder Gefährdungen handelt, kann es nicht darauf ankommen, daß sein Amt implorirt werde, weil sonst seine Hülfe häufig zu spät kommen würde. Mit diesen Grundsätzen verträgt sich sehr gut die Notification von einer bevorstehenden Gefahr an die Betheiligten. Darin liegt keine Vormundschaft über selbige, weil ihnen immer freisteht, die warnende Stimme zu hören oder nicht. Mehr soll und darf der deutsche Richter nicht, aber auch nicht weniger. Wer weniger von ihm verlangt, vergißt den Standpunkt und Organismus deutscher Gerichte, beschränkt sie auf den Wirkungskreis der französischen, vernachläßigt aber dasjenige, was nach der französischen Justizverfassung die Staatsfürsorge durch eigene Beamte besorgen läßt.

Drittes Buch.

Von den Mitteln der Abkürzung eines Concurses.

Erster Abschnitt.

Von den Mitteln der Abkürzung der Concursprozesse durch Vereinfachung des Verfahrens.

§. 130.

Von der Relativität dieser Mittel überhaupt.

Wenn von Verminderung der in der langen Dauer der Concursprozesse liegenden Uebel, und dabei als einem Mittel der Abkürzung zunächst von Vereinfachung des Verfahrens die Rede ist, so darf man vor allen nur auf solche Vorschläge rechnen, die nach den Eigenthümlichkeiten dieser von allen übrigen Arten des Verfahrens so auffallend abweichenden Prozeßart als anwendbar erscheinen. Denn daß der Prozeß über die Auseinandersetzung einer Gemeinschaft, woran 20, 30, 50, und noch mehr qualitativ und quantitativ verschieden Berechtigte Theil nehmen, und wo der Gegenstand des Rechts gleich dem Rechte selbst durch seine Verwickelungen mehr oder minder zu weitläufigen Erörterungen Stoff darbietet, — und das ist der Concursprozeß, — nicht mit der Leichtigkeit beendigt werden kann, wie der Prozeß über eine einzige bestrittene Forderung, gesetzt daß diese auch noch so verwickelt ist, das kann nicht anders als sehr natürlich erscheinen. Und so kann man denn von demjenigen, der praktisch ausführbare Vorschläge zur Verbesserung des Concursverfahrens machen will, besonders dessen Vereinfachung sich zum Ziele gesetzt hat, auch nicht erwarten, daß er aus dem von Natur verwickelten, darum verzögerlichen Geschäft eine neue Schöpfung von verschiedener Art hervorbringe; man muß zufrieden seyn,

wenn seine Vorschläge nur als nützliche Beiträge zu einem verbesserten Concursprozesse gelten.

Erstes Kapitel.

Nothwendigkeit eines durch strenge aber zweckmäßige Formen geregelten Verfahrens.

§. 131.

Erklärung und Rechtfertigung.

Daß eine Hauptursache der Gebrechen, die sich bei der Beobachtung des Conc. Verfahrens darbieten, in der nicht seltenen Regellosigkeit seiner Behandlung liegt, und wie sich diese besonders äussert, ist schon oben §. 34. bemerkt worden. Diesem Uebel zu begegnen, ist daher ohne Zweifel die erste Aufgabe bei Vorschlägen, welche die schnellere Beendigung der Conc. Prozesse bezwecken, sowie es die erste Forderung bei der Instruktion eines Concursprozesses ist, die genaue Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Formen und Regeln des Verfahrens sich zum unverrückten Augenmerk zu nehmen. Zwar liegt zum Theil gerade in den gehäuften Formalitäten eine der Ursachen der langen Dauer und Verzögerungen der Concursprozesse; aber man darf mit Förmlichkeiten, wovon freilich manche verzögerlich und daher möglichst zu entfernen sind, die Formen nicht verwechseln, die zur Erhaltung des Ganges des Verfahrens in seiner regelmäßigen Ordnung im Concursprozesse noch mehr als anderwärts nothwendig sind, und deren Vernachlässigung häufig schon ein tumultuarisches Verfahren und ausser der Verletzung wohlerworbener Rechte große Verwirrungen zur Folge gehabt hat *a*).

---

a) Claproth bemerkt (summ. Proz. §. 298) der Concurs-

Um aber dieser Aufgabe zu genügen, muß der Richter als das leitende Organ des Ganzen, vor allen die verschiedenen in dem Prozesse vorkommenden Operationen nach ihrer eigentlichen Bestimmung und in ihrem Zusammenhange mit dem Zwecke des Ganzen sich klar vorstellen, und er darf durchaus nicht der Vorstellung Raum geben: die Nothwendigkeit einer lebendigen Anschauung und Festhaltung des Systems des Conc. Prozesses und der verschiedenen Richtungen der Thätigkeit bei dessen Bearbeitung gehöre bloß der Schule an, nicht aber dem praktischen Leben, da sie vielmehr die einzige Gewährschaft gegen schädliche Ausbeugungen enthält.

§. 132.

Hauptrichtungen der Thätigkeit eines Concursgerichts.

Mehr bekannt, als in seiner praktischen Bedeutung anerkannt und beobachtet, daher für den Rechtsgeschäftsmann immer noch der Erinnerung werth ist der Unterschied zwischen dem, dem Concursprozesse vorausgehenden Präliminar- oder präparatorischen, und dem Haupt- oder eigentlichen Concursverfahren, sowie die nothwendig sorgfältige Beobachtung der verschiedenen Richtungen der Thätigkeit bei dem letztern.

A. Das präparatorische Verfahren beschäftigt sich mit der Frage, ob Grund zur Eröffnung eines Concurses vorhanden ist. Diese Frage macht natürlich vor allen dann auf eine umständlichere Erörterung Anspruch, wenn der Schuldner sein Vermögen nicht frei-

prozeß sey so verworren, daß die größte Vorsicht auf gute Ordnung zu verwenden sey, wenn er nicht tumultuarisch werden solle, wofür er unrichtig von Einigen gehalten werde. — Also gar eine eigene Prozeßart: der tumultuarische Prozeß!? —

willig abtritt, sondern der behaupteten Unzulänglichkeit widerspricht. Denn ist dieses der Fall nicht, tritt der Schuldner selbst sein Vermögen ab, oder ist überhaupt einer von den §. 123. bemerkten drei Fällen vorhanden; so ist freilich die Nothwendigkeit der Concurseröffnung nicht lange zweifelhaft, folglich auch das Vorbereitungsverfahren von kurzer Dauer. Es bedarf alsdann nur einer einfachen Vernehmlassung der von der Cession des Schuldners benachrichtigten und zur Abgabe ihrer Erklärung, allenfalls auch über die möglichst kurze Beendigung des Schuldenwesens, vorgeladenen Gläubiger zum gerichtlichen Protokoll, um sofort den Concurs durch ein Dekret zu eröffnen. Während dieses Präliminar-Verfahrens kommen die verschiedenen Verhandlungen in Beziehung auf Concursabwendung vor: Moratorien, Indult- oder Nachlaßvergleiche. Auch können hier die provisorischen Maßregeln eintreten, wovon im vorigen Kapitel die Rede war. Es endigt dieses Vorverfahren mit dem richterlichen Ausspruche: entweder daß der Antrag der auf Concurs provocirenden Gläubiger nicht Statt finde, oder daß derselbe Statt habe, folglich der Concurs zu eröffnen sey. Das letztere macht den Uebergang zu dem Haupt- oder eigentlichen Concursverfahren.

B. Das Hauptverfahren nimmt gleich mit seinem Beginnen zwei verschiedene Richtungen an, deren eine auf die Aktivmasse, die andere auf die Passivmasse geht. Was

1) denjenigen Theil, der die Aktivmasse zum Gegenstande hat, betrifft, so ist er hauptsächtlich administrativer Natur. Es wird nämlich untersucht und festgestellt, worin das nunmehr zur Befriedigung aller Gläubiger bestimmte Vermögen des Schuldners besteht, und sich mit den diensamen Vorkehrungen zu dessen Erhaltung und möglichsten Vermehrung bis zum Uebergang

dieses Gemeinguts *b*) in das besondere Eigenthum der einzelnen Gläubiger beschäftigt. Das erste ist daher Sicherstellung, soweit diese nicht schon während des Vorbereitungsverfahrens erfolgt ist, und zwar durch gerichtliche Beschlagnehmung mittelst Versiegelung, Ver-

---

b) Je mehr man das Rechtsverhältniß, welches aus der Concurseröffnung entsteht, betrachtet, um so mehr ergeben sich Zweifel rücksichtlich der gewöhnlichen Ansicht von der Art und Weise des Uebergangs des schuldnerischen Vermögens an die Gläubiger, nämlich rücksichtlich der Annahme eines provisorischen Eigenthums zum Besten derselben. Weit einfacher, natürlicher und dem Rechtssystem ohne alle Schwierigkeit sich anschließend ist die Vorstellung von einem den Gläubigern bloß eingeräumten Pfandrecht, womit man auch für alle Fälle vollkommen ausreicht. Somit wäre die Wirkung der cessio bonorum und der darauf erfolgenden Concurseröffnung nicht die Erlangung eines provisorischen Eigenthums, einer juristisch nicht begründet erscheinenden neuen Art des dominium, sondern die (wenn man so will, modernisirte) missio creditorum, und das dadurch bewirkte allgemeine Pfandrecht, wie es schon oben §. 8. als Wirkung der Concurseröffnung angegeben worden. Und so wäre es denn auch ganz in der Ordnung, daß die Gläubiger ein Recht auf das abgetretene Vermögen nur bis zu ihrer Befriedigung haben, daß aber ihr Recht auch das nach der Abtretung noch anfallende Vermögen kraft des generellen Pfandrechtstitels begreift (§. 25.); daß sie ferner dem Schuldner über das abgetretene Vermögen Rechenschaft thun müssen, und dieser rücksichtlich desselben die Gefahr trägt; daß ihm, was zur Befriedigung der Gläubiger nicht nothwendig ist, zurückfällt, sowie er dagegen selbigen rücksichtlich des Ausfalls verhaftet bleibt. Alle diese rechtlichen Folgen vertragen sich mit der Idee von einem Pfandrecht, aber wenigstens mehrere derselben nicht oder doch nicht ohne Zwang mit der von einem Eigenthum.

zeichnung, Schätzung, Inhibition an die Schuldner der Masse. Ist die Masse hergestellt und purifizirt, so kommt es zur Verwaltung durch den Curator des Concurses für Rechnung der Gesammtheit der Gläubiger unter gerichtlicher Leitung, welche Verwaltung natürlich mit der Constituirung der Masse in sofern gleichen Schrittes geht, daß sobald ein Theil der Aktivmasse feststeht, es sey ein Immobile, ein Aktivkapital oder Baarschaft, sofort darüber die Administration in Wirksamkeit tritt. Die etwa abhanden gekommenen Stücke werden herbeigeschafft und die Ansprüche der Masse aus Rechten, die der Gemeinschuldner bei der Concurseröffnung noch wirklich besessen oder betrügerisch veräussert hat, geltend gemacht, — welches alles unter dem Ausdruck der Herstellung oder Constituirung der Aktivmasse begriffen wird.

2) Die zweite Richtung der Thätigkeit in dem Hauptverfahren ist contentioser Natur; sie geht auf die Herstellung der Passivmasse oder auf die Ausmittelung der Theilnahmsgenossen, und zwar

a) durch Provokation derselben zur klagbaren Geltendmachung ihrer Forderungen in einem bestimmten peremtorischen Termin, mittelst besonderer Vorladung der bekannten, und Ediktalcitation der unbekannten Gläubiger und sonstigen Ansprecher an die Masse;

b) durch Untersuchung der Richtigkeit der angemeldeten Forderungen (Verfahren über die Liquidität);

c) durch Untersuchung des Verhältnisses der unter sich collidirenden Forderungen gegen einander oder durch Ausmittelung der faktischen Verhältnisse zur Bestimmung der Ordnung ihrer Befriedigung, (Prioritätsverfahren) und endlich

d) durch richterliche Entscheidung über die bestrittene Richtigkeit und über die Ordnung der Befriedigung aus der für alle nicht zulänglichen Masse, (Classifications- oder Locations- oder Prioritäts-Urtheil).

Ist die Aktivmasse hergestellt und theilbar gemacht und die Passivmasse durch rechtskräftiges Classifications-Erkenntniß berichtigt, so erfolgt nunmehr die Execution oder die eigentliche Realisirung der Ansprüche durch Distribution der Masse.

§. 133.

Von dem praktischen Interesse dieser Ordnung.

Es ist ganz und gar nicht unfruchtbar oder gleichgültig, ob der Richter im Geiste dieses Systems des Conc. Prozesses handelt oder nicht, vielmehr von wichtigen praktischen Folgen. Denn indem unter andern von dem Richter gefordert wird, daß er 1) mit der Erlassung der Edictalcitation zu gleicher Zeit und sobald als möglich, 2) das Nöthige wegen Beschlagnehmung des Vermögens, 3) Aufstellung eines Interimscurators, 4) Aufstellung des Contradictors, 5) wegen Inventarisirung des Vermögens u. s. w. verfügen soll; so ist dieß zwar alles wahr, aber nur in sofern ganz und gar nicht in der Ordnung, als man sich etwa vorstellen möchte, daß dieß so bunt durcheinander geschehe. Denn so könnte man in der Eilfertigkeit etwa hie oder da vergessen, daß z. B. die Maßregeln auf 1 und 4 zu einer ganz andern Ordnung der Verhandlungen gehören, als die auf 2, 3, 5, und daß eine sorgfältige Sonderung der einzelnen Beschäftigungen nothwendig ist, wenn eine vollständige Uebersicht möglich seyn und die Controle erleichtert werden soll. Nimmt man aber die verschiedenen Operationen mit dem Richtscheit des Systems vor, so wird man nicht die Edictalcitation, den offenen Arrest, die Ver-

handlungen über die Aufstellung des Güterpflegers und dann wieder die Aufstellung des Contradictors, die Reclamationen wegen Veräusserungen in fraudem creditorum, die Verhandlungen über die Competenz, über die Inventur des Vermögens, über die Subhastation der Immobilien, über die aus der Masse abschläglich etwa geleisteten Zahlungen unter sich und wohl gar mit den Verhandlungen über die Liquidation und Priorität, über die versuchte Erzielung eines Nachlaßvertrags ꝛc. vermischt behandeln. Denn so würde man die heterogensten Gegenstände, weil sie zufällig an einem Tage zur Behandlung kamen, durch einander werfen, so daß, weil in den Akten über die Aktiv- und Passivmasse, über das was die Gesammtheit der Gläubiger und die einzelnen Liquidata betrifft, keine andere Ordnung als die chronologische angewendet ist, endlich niemand mehr aus diesem Chaos der verschiedenartigsten Handlungen sich herausfinden könnte. Dieß dürfte man nur im Anfang übersehen, und man würde, da überall bei der Entfernung vom rechten Wege, jeder Schritt vorwärts mehr zur Verirrung führt, bald in ein Labyrinth gerathen, das wenigstens nach allen dem, was seit Salgados Zeit über den Concurs geschrieben wurde, dieser nicht mehr seyn sollte. Wir werden hierauf in der Folge, wo die Rede von zweckmäßiger Anlegung der Akten ist, zurückkommen.

Die Beobachtung der Ordnung und Regelmäßigkeit ist eine Forderung an die Gerichte; sie hängt aber von Formen ab, deren Bestimmung eine Forderung an die Gesetzgebung ist, damit diese Formen zwar strenge seyn, und jeder schädlichen Willkühr der Gerichte als Vollziehungsbeamten begegnen, aber auch nicht durch Zweckwidrigkeit nachtheilig wirken, oder gar eine Fessel der vernünftigen Thätigkeit werden mögen.

§. 134.

Die Formen des Verfahrens müssen strenge aber zweckmäßig seyn.

Die Vorschrift strenger Formen ist eine wesentliche Forderung der Abkürzung eines Concursprozesses. Denn ohne gemessen vorgeschriebene Regeln des Verfahrens würde der Willkühr ein zu weiter Spielraum geöffnet seyn, die in keiner Prozeßart nachtheiliger wäre, als hier, wo ohnehin so vieles von der gewöhnlichen Form des Rechtsganges abweicht, und die Grenzen der richterlichen Thätigkeit mehr als dieß sonst im Civilverfahren Statt findet, erweitert werden mußten. Ohne diese Strenge würden die Concurse vollends von endloser Dauer seyn, und diejenigen Gläubiger, welche ihre Schuldigkeit gehörig beobachtet haben, würden es mit verbüßen müssen, was ihre nachlässigen Mitgläubiger verschuldet haben.

Aber die Strenge in den Formen muß auch zweckmäßig seyn. Jene ungemessene, nur auf die möglichst sichere Erzielung eines förmlichen Rechts berechnete Severität führt uns in die Zeiten der Formular-Jurisprudenz zurück, und hört auf der wahren Gerechtigkeit zu dienen; durch sie wird vielmehr das Recht der Gewandtheit und List entscheidend. In dieser Strenge hat es besonders die bayerische Gesetzgebung wenigstens bis zum Jahr 1819. so weit getrieben, als es nur irgend getrieben werden zu können scheint.

Niemand wird läugnen, daß es zum kräftigen Sporn für nachlässige und sorglose Gläubiger und Rechtsvertreter von Gläubigern, und zur Schärfung ihrer Umsicht und Aufmerksamkeit dient, wenn sie wissen, daß ihrer Indolenz nicht nachgesehen wird. Mancher Verzögerung und Verschleppung wird wirksam vorgebeugt, wenn nicht nur auf die Unterlassung der Liquidation, wie das ohne-

hin aller Orten gewöhnlich ist, die Strafe des Ausschlusses von der Concursmasse gesetzt ist, sondern auch wenn diese strenge Folge der Präclusion nicht minder die Verabsäumung derjenigen Handlungen trifft, welche zur Vollständigkeit der Liquidation gehören oder in den Terminen zur Vorbringung der Einreden, Repliken, zur Beweisführung u. s. w. zu geschehen haben; mit einem Worte, wenn der Satz zur praktischen Regel erhoben wird: was nicht nach allen Erfordernissen gehörig und zu rechter Zeit geschieht, das ist gerade so anzusehen, als wenn es gar nicht geschehen wäre. Aber es muß hierin ein Maß gehalten werden und dem leitenden Richteramte gestattet seyn, sich hier wirksam zu beweisen, daß nicht mit der Sorglosigkeit und Verzögerungssucht das entschuldbare Versehen einerlei Strafe leide, besonders aber, daß nicht durch schlaue Benutzung der Vortheile, die das Versehen des Einen dem Andern gewährt, eine Art von Strandrecht geübt werde.

§. 135.

Uebertriebene Strenge der bayerischen Prozeßgesetzgebung.

Wenn die Gesetzgebung so strenge Bestimmungen macht, wie die bayerische Gerichtsordnung von 1753. im 19ten Kapitel, welches vom Concursprozesse handelt, so trifft sie allerdings der Vorwurf einer unangemessenen Härte. Es ist nämlich dort unter andern §. 8. bestimmt, daß die Legitimation zum Prozeß und zur Sache, wenn sie nicht im ersten Edictstag beigebracht worden, die Strafe der Präclusion zur Folge habe. Gleiche Folge trifft die unterlassene Beweisführung, sie mag nun durch Urkunden, Zeugen oder Eid geschehen. Jedes Versehen hierin wird so angesehen, als wenn der Liquidant gar nicht erschienen wäre. Diese Folge ist um so bedenklicher und unheilbringender, wenn die streitenden Theile

ohne rechtskundigen Beistand vor Gericht erscheinen, wie dieß so häufig der Fall ist, indem die Parteien, besonders aus den niedern Ständen, alles gethan zu haben glauben, wenn sie nur ihre Forderungen anmelden, und wenn gleich wohl der Richter nicht leitend wirkt, sondern alles, was zu einer vollständigen Liquidation gehört, den Parteien obliegt. Von der Nachhülfe des nobile officium weiß wenigstens jenes Gesetz nichts, und die Praxis muß sich wohl hüten, die rettende Hand zu reichen, da die Rechte der bei den begangenen Versehen vortheilhaft betheiligten Mitgläubiger (der Strandbewohner!) dabei verlieren würden. — Es ist hier leicht einzusehen, welch großen Gefahren Rechtsunkundige ausgesetzt sind, die es wagen, ohne Beistand eines Advokaten hier vor Gericht aufzutreten. Ja selbst Rechts- und Geschäftskundige (es ließen sich Beispiele anführen) die nicht gerade in diesem Gange des Verfahrens aus steter Praxis eingeweiht sind, sind hier nicht sicher, Versehen zu begehen, wenn sie sichs herausnehmen, diese Mysterien zu betreten, ohne einen Eingeweihten zum Führer zu haben. Man darf nur erwägen, wie kritisch oft zumal der Beweis der Legitimation zur Sache ist, und wie leicht in der Kette dieses Beweises ein Glied schadhaft, daher das Ganze ausser Zusammenhang und Haltung stehen kann. Man denke sich nur eine Forderung, die durch Erbgangsrecht oder Cession von dem ursprünglichen Besitzer vielleicht durch mehrere Hände auf den jetzigen übergegangen ist. Und was gehört oft zum Beweis einer weitaussehenden Entschädigungsforderung, um versichert zu seyn, daß der Richter, der Contradictor, oder die Mitgläubiger in der langen vielgliedrigen Kette der Beweise wie gedacht auch nicht ein einziges mangelhaftes Glied finden? Denn was hier die Lage des Liquidanten mehr als in irgend einem andern Rechtsverfahren erschwert, ist eben die Menge der An-

gen, die auf seine Forderung und alles was zu deren Begründung angeführt wird, gerichtet sind. Wenn auch der Contradictor vielleicht im redlichen Sinne von einer Ausstellung, als unbillig oder zu weit hergehohlt, keinen Gebrauch macht, so ist der Liquidant noch nicht sicher, weil leicht einer von den andern Gläubigern oder ihren Anwälten den Defekt entdecken kann, welcher die rechtmäßigste Forderung rettungslos dem Verluste preisgibt.

§. 136.

Nachtheilige Folgen dieser Strenge.

Daß eine solche Strenge nur selten zur Beförderung eines regelmäßigen Ganges und fast nie als Mittel zur Erlangung des wirklichen Rechts diensam ist, vielmehr häufig ein Reitzmittel der Chikane und des Läugnens wird, läßt sich leicht erwarten. So kann denn eine Forderung, die sonst wegen des persönlichen Zustandes des Liquidanten, eines Armen, der nicht so viel zu erschwingen weiß, um sich die theuere Hülfe eines Advokaten zu verschaffen, alle Begünstigung verdient und die in Ansehung ihres Vorzugsrechts vielleicht unbestreitbar ist, wohl gerade um deswillen und weil man eben in ihrem Vorzugsrechte Veranlassung sieht, alle Kunst der Anfechtung gegen sie aufzubieten, sie kann, sage ich, vielleicht wegen einer Kleinigkeit, die bei der Vidimirung einer zur Legitimation gehörigen Urkunde versehen worden, im Locations-Erkenntniß durchfallen, oder nach der Gerichtssprache aus dem Concurse geworfen werden.

Ueber diese empörende Härte haben bayerische Schriftsteller von Ansehen und praktischen Kenntnissen, namentlich v. Gönner c) und v. Weber d) auf eine

c) im Commentar zum Gesetz vom 22. Julius 1819. §. 36.

Weise sich geäussert, daß man sich billig wundern muß, wie eine so unnatürlich strenge Gesetzgebung über zwei Generationen hindurch sich hat erhalten können. Welch himmelschreiendes Unrecht mag in einer so langen Zeit den Pfad bezeichnet haben, wo man solche Wahrnehmungen zu machen Gelegenheit hat, wie sie von Weber a. a. O. angibt, wenn er sagt: ich habe die wichtigsten Forderungen wegen nicht gehörig beglaubigter Auszüge fremder Handelsbücher hinwegweisen sehen. Ich habe erfahren, wie ein Handelshaus wegen geringen Versehens gegen die angeführten Gesetzstellen mit seiner bestbegründeten Forderung von 22000 Gulden aus dem Concurse geworfen und zum Falliment getrieben wurde. Ich habe Eheweiber, die sich über die geschehene Illation lediglich mit dem Zeugnisse ihrer Gerichtsstellen auswiesen, ohne deßhalb die vidimirten Abschriften der Protokolle beizulegen, verlustig ihrer beträchtlichen Forderungen ausgesprochen. Ich habe den Kampf der Richter zwischen Billigkeit und strengem Rechte gesehen. Ich habe nicht nur schlichte Bauersleute, die sich in den Edictstagen bloß meldeten, und hierdurch dem Gesetze Genüge gethan zu haben glaubten, ihrer Alimente beraubt, sondern selbst durch das Versehen geschickter Advokaten an den Bettelstab gebracht, und mit dem traurigen Vorweise der Regreß-Klage betteln gesehen."

Fern sey es also, in so unnatürlich strengen Formen ein Mittel des ordnungsmäßigen Ganges und der schnellern Beendigung der Concurse zu suchen. Für solchen Preis ist wenigstens der schleunigere Ausgang des

---

sowie im Entwurf zu einem Gesetzbuch über das ger. Verfahren II. S. 785.

d) Ueber das bayer. Credit- und Schuldenwesen (Sulzbach 1819. 8.) S. 199.

Prozesses zu theuer erkauft, wenn er auch dadurch erreicht würde, wie nicht ist. Denn es dauern in Bayern troß dieser Strenge, die freilich auch nur einseitig in dem s. g. Edictsverfahren Statt findet, die Concurse doch so lange als irgendwo. Hievon liegt der Grund unter andern darin, daß eben die strengen Formen (und so wirken sie denn gerade das Entgegengesetzte) den Rechtsuchenden in die Nothwendigkeit versetzen, die Hülfe von Sachwaltern zu suchen, so daß also die Gerichte, was bei dieser summarischen Prozeßart doch vorzüglich nothwendig wäre, nicht mit den Parteien allein verkehren, sondern fast ausschließlich nur mit Sachwaltern, und diesen ist, wie Friedrich II. sagt (oder war es doch wenigstens zu seiner Zeit) "sehr daran gelegen, daß die Prozesse vervielfältiget und in die Länge gezogen werden; denn davon dependirt ihr Verdienst und ihr ganzes Wohl."

Zweites Kapitel.

Von zweckmäßiger Erweiterung der Grenzen des richterlichen Ermessens.

§. 137.

Allgemeine Betrachtung hierüber.

Formen sind nothwendig und wenn sie zweckmäßig sind, ersprießlich für die Beförderung des Rechtsganges. Aber sie können auch, selbst ausser dem Fall einer unnatürlichen Strenge gegen die Rechtsuchenden, schädlich wirken, wenn sie eine Fessel des vernünftigen richterlichen Ermessens werden. Insonderheit liegt, wie schon oben (§. 9. a. E.) erinnert worden, eine von den Ursachen der langen Dauer unserer Concursprozesse in der gleichförmigen Behandlung derselben ohne Rücksicht auf

die Verschiedenartigkeit der Fälle. Und hier haben besonders die Partikular-Gesetzgebungen zu wenig auf die richterliche Discretion im gegebenen Falle gerechnet, vielmehr oft durchaus ohne alle Rücksicht auf die Verschiedenheit der Umstände bestimmt, wie bei der Constituirung der Aktiv- und Passivmasse, und bei der ganzen Instruction des Prozesses bis zur Vertheilung der Masse zu verfahren. Diese Bestimmungen muß denn der Richter, wenn er nicht eine Illegalität oder wohl gar Nichtigkeit begehen will, strenge befolgen. Mancher überhebt sich auch wohl der eigenen Thätigkeit nach einem vernünftigen Ermessen nicht eben aus Aengstlichkeit wegen besorglicher Anfechtungen als vielmehr öfters in affektirter Befangenheit: er findet es bequemer, die gegebenen Vorschriften zu befolgen als sich über zweckmäßigere Mittel und Wege der Beendigung der Sache den Kopf zu zerbrechen.

Es lehrt aber eigentlich schon die Natur der Sache, daß das Kleine nicht wie das Große, das Einfache nicht wie das Verwickelte zu behandeln ist, daß der Concursprozeß bei einer Vermögensmasse von einigen Hundert Gulden, wo vielleicht kein oder nur ein leicht zu entscheidender Prioritätsstreit eintritt, oder wo die auf weiterer Erörterung beruhenden Forderungen vielleicht ohnehin nicht zum Zuge kommen, andere Regeln und Maximen fordert, wenn Mittel und Zweck irgend in einem Verhältnisse stehen sollen, als ein anderer, wo die Aktivmasse viele Tausende beträgt und die Schuldenmasse, rücksichtlich der Liquidität und Priorität Verwickelungen darbietet, die an sich jeder einfachen Lösung widerstreben. Eben so zeigt uns das praktische Leben bei der Bearbeitung dieses und jenes Schuldenwesens Mittel der einfacheren Behandlung, die zwar keineswegs überall anwendbar sind, aber da, wo sie anschlagen, weit besser für den Zweck wirken, als die Befolgung der im

allgemeinen vorgezeichneten Modalitäten des Verfahrens. Bald kann es nützlich seyn, den Punkt der Liquidität und Priorität cumulativ zu behandeln, bald zweckmäßiger, beide zu trennen. Oft können alle Forderungen in einer fortlaufenden Verhandlung instruirt werden, während in anderen Fällen ohne deren Separation große Verwirrungen entstehen können u. d. gl. — Da aber der Richter nach den Gesetzen verfahren muß und sein Arbitrium nur dann ein rechtliches ist, wenn dessen Anwendung gesetzlich zugelassen ist, so muß für die Fälle, wo von dem sonst gewöhnlichen Gange der Instructionsverhandlung bewandten Umständen nach eine Ausnahme Statt finden soll, das Gesetz im Allgemeinen Vorsehung thun. Nur so kann der Richter, indem er sich auf eine gesetzliche Sanction stützen kann, den Vorwurf der Illegalität vermeiden; er wird aber dadurch auch abgehalten, bloß aus Trägheit die gewohnte Bahn zu verfolgen.

Nach gemeinem Rechte hat diese richterliche Befugniß ohnehin keinen Zweifel, da hier dem richterlichen Ermessen minder enge Grenzen vorgezeichnet sind. Nur möchte ich nicht die richterliche Willkühr so weit ausdehnen, wie Dabelow e) thut, wenn er dem Richter erlaubt, aus bewegenden Ursachen (?) den Liquidationstermin zu verlegen oder denselben bei großen und weitläufigen Concursen zu wiederhohlen. — Eine solche Willkühr würde die gesetzliche Ordnung am Ende ganz aufheben und der Reklamationen wegen verwirkter oder nicht verwirkter Präclusion ꝛc. würde kein Ende seyn. Gleich mit dem Hauptakte des Drama, dem Liquidationstermin, der genau bestimmt und abgemessen seyn soll, würde Unsicherheit und Schwanken in den ganzen Prozeß gebracht werden, und dieß noch dazu "bei großen

e) Vom Conc. der Gläubiger S. 576.

und weitläufigen Concursen," wo vielmehr eine feste Regel strenge zu beobachten alle Umstände gebieten, und die Natur der Sache eine besonnene und umsichtige Beschäftigung ganz vorzüglich in Anspruch nimmt, Vereinfachungen des Verfahrens aber durch Abschneidung von Förmlichkeiten nur mit höchster Vorsicht angewendet werden können. — Am unbedenklichsten vielmehr zweckmäßigsten wirkt eine ausgedehntere Gewalt bei minder bedeutenden Concursen und auf diese muß die Gesetzgebung besonders Rücksicht nehmen.

§. 138.

Fortsetzung.

Jene strenge Einförmigkeit des Verfahrens, wo man ohne Rücksicht auf die Eigenheiten des Falles nach einem und demselben Leisten sich richtet, hat aber auch noch einen besondern Nachtheil. Sie lähmt die besonnene Thätigkeit des Richters, der unter der Last vorgeschriebener Formen oft sogar Formularien jede Regsamkeit bei sich unterdrückt und des Gebrauchs der freien Denkkraft sich beraubt sieht. Dieser Behandlung und Bewegung im steten Kreise eines Liebe zur Sache und Geist tödtenden Schematismus, daß ich so sage, folgt der Schlendrian auf dem Fuße nach. Der Richter hält seine Edictstage ad liquidandum, excipiendum, re- et duplicandum mit der Prozeßordnung in der Hand bei einem Concurse wie bei dem andern ab, wenn gleich schon im ersten Termin alles zu Ende ist oder doch seyn könnte, wollte man anders statt gedankenlos der Form nachzugehen, nur einen Augenblick sich besinnen und überlegen, was der Zweck der ganzen Procedur ist. Ebenso erfolgt die Regulirung der Vermögensmasse nach der gewohnten steifen Regel und ohne von den Manipulationen, die von jeher angewendet wurden, das geringste nachzulas-

sen, gesetzt auch, daß nach schon verstrichener präclusiver Liquidations-Frist alle erschienene und nun allein berechtigte Gläubiger darüber einig sind oder auf geeignete Vorstellung leicht zu vereinigen wären, die unbedeutende oder auf anderem Wege als die Regel mit sich bringt, flüssig zu machende Masse zu übernehmen und unter sich selbst privatim zu vertheilen, oder wie sonst immer das Concurswesen einfach zu beendigen. Allerdings ist es häufig viel bequemer die Sache in dem sogenannten Rechtslaufe fortgehen zu lassen, als auf Mittel zu denken, die Betheiligten auf kürzerem Wege zu dem gewünschten Ziele zu führen; des Sportel- und Deserviten-Interesse nicht zu gedenken.

§. 139.

Zweckmäßige Vorschriften der preußischen Prozeßgesetzgebung.

Die preußische Gerichtsordnung *f*) bestimmt sehr zweckmäßig und nachahmungswürdig, daß der Richter die förmliche Concurseröffnung auch in den dazu geeigneten Fällen, und die sonst gewöhnliche Behandlung im Concurswege unterlassen kann a) wenn die vorhandene Vermögensmasse so unbeträchtlich ist, daß höchstens nur die zur zweiten Classe gehörenden Gläubiger daraus bezahlt werden können; b) wenn zwar Grundstücke zur Masse gehören, die jedoch über zwei Drittheile des Werths mit Hypothekschulden belastet sind, also daß entweder gar kein Ueberschuß oder doch nur ein solcher zu erwarten ist, woraus nur die unmittelbar nach den Hypothekarien folgenden Gläubiger befriedigt werden können; c) wenn sämmtliche bekannte Gläubiger darüber einig sind, daß die Concurseröffnung unterbleiben solle, die Vermögensmasse dabei gering ist und der Gemein-

---

f) Thl. I. Tit. 50. §. 5. sq. und §. 633.

schuldner nach seinen Verhältnissen nicht in dem Falle war, auswärtigen Credit zu suchen. — Im ersten und zweiten Falle soll mit Versilberung der Masse verfahren und selbige unter die privilegirten Gläubiger, die ihre Forderungen gehörig bescheiniget haben, ohne alle weitere Förmlichkeiten vertheilt werden. Gehören Immobilien zur Masse, so sind selbige zu subhastiren und es sind bei der Subhastations-Bekanntmachung die unbekannten Gläubiger mit vorzuladen. Im dritten Fall geschieht die Versilberung der Masse und die Vertheilung unter die bekannten Gläubiger nach der Ordnung, welche, wenn sie sich nicht in Güte vereinigen, durch richterliches Erkenntniß festzusetzen. Nur wird vier Wochen vor der Vertheilung dieselbe öffentlich bekannt gemacht und den zur Hebung gelangenden Gläubigern überdieß besonders die Haftung für die etwa unbekannten und besser berechtigten Gläubiger nach Verhältniß des Erhobenen angedeutet.

§. 140.

Es gibt von Natur einfache Concurse.

Wenn von Abkürzung der Concurse durch Vereinfachung des Verfahrens die Rede ist, so habe ich zunächst jene in Ansehung ihres Gegenstandes, des Betrags der Aktivmasse, der Zahl der Gläubiger und der Prioritätsverhältnisse unter denselben einfachen Concursprozesse der meisten gewerbtreibenden Bürger vornämlich in den kleinern Städten und der Landbewohner vor Augen. Die Masse besteht hier in der Regel aus Häusern, Gütern und einzelnen Feldstücken, die meist mit Hypothekschulden übermäßig belastet sind. Denn es kommt selten oder gar nie zu einem Concurse, so lange der Schuldner noch Grundeigenthum besitzt, das er mit Hypotheken beschweren kann, wozu es an Orten, wo

ordentliche Hypothekenbücher bestehen, ohnehin nicht an Gelegenheit fehlt. Hier pflegt aber auch schon ein concursus creditorum ante concursum zu entstehen, in so ferne nämlich, als die Gläubiger, sobald die Vermögens-Umstände mißlich zu werden anfangen, alles aufbieten, um noch ein Plätzchen im Hypothekenbuch zu finden. Hier ist denn ein einfaches Verfahren von selbst gegeben; denn

1) ist für die Nichthypothekgläubiger gewöhnlich keine Aussicht zur Befriedigung vorhanden, oder doch eine so geringe, daß sie auf zweckmäßige Vorstellung sehr leicht zu bewegen sind, in das wenige, was übrig bleibt, ohne prozessualische Weitläufigkeiten in Güte sich zu theilen, vorausgesetzt, wie gedacht, daß ihnen die Sache gehörig vorgestellt wird, wobei natürlich alles auf die Fähigkeit und den guten Willen des Richters ankommt.

2) Ist hier, nämlich wo Hypothekenbücher bestehen, die Liquidität und das Vorzugsrecht schon von selbst entschieden, ohne daß es über die eingetragenen Posten genau genommen noch eines Lokationserkenntnisses bedarf, dessen Stelle eigentlich schon das Hypothekenbuch vertritt. Zweifel und Bedenklichkeiten können also hier nur entstehen, wenn die Immobilien als der Haupttheil der Aktivmasse nicht vortheilhaft an den Mann zu bringen sind. Was aber hier zu geschehen hat, davon war im ersten Abschnitt des vorigen Buchs die Rede.

3) Auch treten bei diesen Concursen schon darum selten die Verwickelungen rücksichtlich des Prioritätspunkts ein, wie anderwärts, weil das Verkehr des Cridars ordentlicher Weise viel einfacher ist. Die privilegirten Forderungen beruhen auf Hypothekenbüchern und öffentlichen Urkunden, die übrigen sind simple chirographarische. So kann die Frage über das Vorzugsrecht nicht

schwierig seyn, wenn man sie nicht absichtlich dazu macht oder machen läßt. Denn es ist leichter das Einfache zu verwickeln als das Verwickelte zu vereinfachen.

Wo übrigens die Gesetze das Ermessen des Richters durch bestimmte Regeln ausschließen, da darf er sich freilich nicht davon dispensiren, wenn auch seine Absicht noch so gut, und der zweckmäßige Erfolg noch so gesichert zu seyn scheint. Aber dann bleibt ihm immer noch übrig, durch sachdienliche Vorstellungen die Gläubiger zur Annahme seiner Vorschläge zu vermögen, und wenn diese nur gut und probehaltig sind, so wird es an der Annahme nicht fehlen und so der Zweck wenigstens unter dieser Form erreicht werden, vorausgesetzt, daß der Richter überhaupt das Bessere und Heilsamere erkennt, und daß es ihm mit dessen Erreichung ein rechter Ernst ist.

Drittes Kapitel.

Zweckmäßige Verwendung der Thätigkeit des Richters.

§. 141.

Ob dem Richter die Sorge für die Activmasse zweckmäßig abgenommen werden könne.

Daß eine zweckmäßige Thätigkeit der Gerichte ein Mittel der Abkürzung und Vereinfachung des Verfahrens, so wie auf der andern Seite alles, was jene Thätigkeit, namentlich deren Richtung auf einen Punkt stört, als Gegenwirkung zu betrachten ist, kann und wird niemand bezweifeln. Als ein solches Hinderniß scheint nun vor allem die Einrichtung angesehen werden zu müssen, wornach die Aufsicht auf die Activmasse, ja sogar, wenigstens was die Depositalbestände betrifft, deren Admini-

stration eine Attribution der Concursgerichte ist. Diese Einrichtung erscheint daher in der That als eine Unvollkommenheit; sie könnte sogar ein Grundfehler unseres ganzen Concursverfahrens seyn. Und so dürfte man denn, ohne eben in den Fehler gewisser Reformatoren der Rechtspflege wie der politischen Verfassung zu verfallen, die gerade in dem Bestehenden Menschenwerk und darum Mangelhaftes erkennen, allerdings noch fragen, warum diese Curatel dem Richter? Warum diese mittelbare, warum überhaupt nur eine mittelbare Vermögensabtretung an die Gläubiger? Wäre es nicht der natürlichere Weg, das Vermögen ohne das Zwischenorgan des Richters den Gläubigern zu überlassen, damit sie sich in dasselbe selbst theilen, und erst, wenn sie über die Theilung uneins werden, den Richter angehen?

Allerdings hat diese Idee bei dem ersten Anblicke etwas Anziehendes. Der ganze Concursprozeß wäre so erspart; es bedürfte etwa nur einer Edictalcitation an die unbekannten Gläubiger zur Geltendmachung ihrer Rechte an das abgetretene Vermögen, und eines Präclusionserkenntnisses; dagegen keines Liquidations- und Prioritätsverfahrens, keines Locations- und Distributions-Urtheils, keiner curatorischen Aufsicht von Seiten der Gerichtsobrigkeit für die Sicherung, Ausmittelung und Verwaltung der Activmasse, keines Curators im jetzigen Sinne, keines Contradictors und so manches andern nicht. Dieß alles wäre also entbehrlich, wenn die Abtretung in die Hände der Gläubiger erfolgte, diese selbst sich in das cedirte Gut theilten, und erst dann richterliche Hülfe suchten, wenn sie sich nicht vereinigen könnten. — Allein es ist nur bei dieser Idee zu bedauern, daß das letzte, die nicht erfolgende gütliche Uebereinkunft nämlich, in Fällen dieser Art gerade die Regel, vielleicht sogar nur mit wenigen Ausnahmen ausmacht.

Der Richter muß also nicht bloß den Concurs eröffnen, nicht bloß das Vermögen des Schuldners, als den Gläubigern zu ihrer Befriedigung abgetreten, erklären, sondern er muß auch die Theilnahmsrechte der Einzelnen ausmitteln und richtig stellen.

§. 142.

Fortsetzung.

Aber vielleicht könnte dem Richter doch wenigstens die Sorge für die Vermögensmasse abgenommen und diese als Befriedigungsobjekt der Gläubiger ihnen oder einem von ihnen zu bestellenden gemeinschaftlichen Stellvertreter überlassen werden. Im Grunde würde hier der Curator wieder in das ursprüngliche Verhältniß eingesetzt und die gewöhnliche Lehre vom Güterpfleger nicht mehr bloß theoretisch, vielmehr antiquarisch seyn, sondern volle Anwendung im Leben haben. Wenn nämlich unsere Rechtslehrer zu den Obliegenheiten des Curators rechnen g), daß er für die Verfertigung und Berichtigung eines Inventariums sorgen, das der Masse Entzogene durch die passenden Klagen oder andere Mittel zurückfordern, von der Masse alles, was nicht dazu gehört, absondern, die Concursmasse verwalten, so viel möglich alles zu Geld machen, Subhastation und Auctionen veranlassen, die Forderungen einkassiren, das eingekommene Geld sicher ausleihen oder gerichtlich niederlegen, oder auch an Gläubiger, welche sichere Hoffnung der Befriedigung haben, gegen Caution ausbezahlen müsse u. s. w. — — so ist dieß alles ganz richtig und der Sache angemessen, nur aber wird es in der Praxis in vielen Stücken anders gehalten, indem vieles von dem, was hier von dem Curator prädizirt wird, unmittelbar den Gerichten obliegt.

---

g) Martins Lehrbuch des bürgerl. Prozesses. §. 319.

Sollten die Gerichte nicht nur von dieser ihnen successiv aufgebürdeten Curatel, sondern auch von der Aufsicht über dieselbe entbunden werden wollen, so dürfte es wohl nicht bei der Aufstellung eines Curators allein bleiben, sondern es müßte ausser dem Güterpfleger zur Aufsicht und Controle von den Gläubigern aus ihrer Mitte oder sonst noch ein weiteres Personal angestellt werden. Allein es fragt sich noch sehr, ob bei einer solchen Einrichtung an Kosten etwas erspart, ob die Aktivmasse zweckmäßiger richtig gestellt und verwaltet, endlich der Concurs von dieser Seite schneller zu Ende gebracht werden würde. Man muß dieß schon darum bezweifeln, weil eine lange Erfahrung lehrt, daß eine Vermögensmasse in den Händen Dritter, zumal wenn deren mehrere sind, nicht gerade immer zum Vortheile der Betheiligten verwaltet wird. Wenn man aber auch darüber hinwegsieht und annimmt, daß diese Administratoren sammt und sonders von dem redlichsten Willen beseelt sind, daß sie den für sie aus der längern Dauer dieser Geschäftsbesorgung entstehenden Vortheil gewissenhaft verschmähen, da wo derselbe mit dem auf sie gesetzten Vertrauen collidirt, daß sie endlich durch die Verschiedenheit ihrer Ansichten einander nicht selbst hindern, so tritt schon das Bedenken ein, daß sie nur Besorger der Geschäfte aus Privatauftrag sind *h*). Es fehlt ihnen also die

h) Mit Recht bemerkt Mevius (ad jus Lub. P. III. Tit. 1. art. 10. nro. 40.) rücksichtlich der von den Gläubigern zu bewirkenden Herstellung eines Inventariums durch einen Notar: etsi vero integrum est creditoribus, eligere Notarium, qui conscribat singula, modumque inventario dicere, qui ex convento merito observetur: cum autem ex naturali hominum ad dissentiendum atque suspicandum vix sine mora et contradictionibus plures in consonantiam descendant aut conventa sine argutiis et suspicionibus subsistant,

die nöthige Autorität, dasjenige was sie dem Vortheil aller Theilhaber für angemessen erachten, gegen die Widersprüche und den Eigensinn Einzelner mit wirksamer Kraft durchzusetzen, oder an der executiven Gewalt, womit der Richter von selbst bekleidet ist, also auch da, wo sein Arm über der Administration der Masse waltet.

Bei diesen Umständen wird also wohl nichts übrig bleiben, als es dießfalls beim Alten zu lassen und den Gerichten nur dadurch Erleichterung zu verschaffen, daß man sie von der unmittelbaren Theilnahme an der Verwaltung dispensirt. Es geht allerdings sehr gut an, daß die Curatoren etwas mehr als bloße Maschinen sind, die, wenn der Richter sie nicht in Bewegung setzt, stille stehen. Dieß setzt aber auch voraus, daß man bei der Aufstellung dieser Güterpfleger nicht bloß nach der Wohlfeilheit wählt, oder wegen Beschränktheit der Masse zu wählen genöthigt ist.

§. 143.

Nothwendigkeit einer vollständigen Information.

Eine wesentliche Sorge des Richters sogleich beim Beginnen eines Concurses muß es seyn, sich eine klare und vollständige Uebersicht von dem Zustande der Vermögens- und Schuldenmasse zu verschaffen. Diese Uebersicht, welche nichts anderes ist, als was man sonst im Prozesse die Kenntniß des Faktums nennt, ist die

---

sistant, consultum est, his atque exinde metuendis dissidiis ita praecavere, ut potius a judice petatur, certos commissarios et Notarium eligi et constitui, quibus inventarii rectitudo commendetur. — Treten also solche Besorgnisse schon bei einem einzelnen Geschäft ein, um wie viel weniger läßt sich bei der Führung einer ganzen Verwaltung dagegen gutstehen!

leitende Kraft aller Operationen, durch das ganze Verfahren hindurch. Sie ist insonderheit eine der Triebfedern der richterlichen Thätigkeit, die in dem Grade an Spannkraft zunimmt, als dem in der Sache bewanderten instruirenden und vortragenden Gerichtsmitgliede das Geschäft leichter von Statten geht, indeß mangelhafte Information demselben die Arbeit erschwert und darum zuwider macht. Endlich ist diese klare und vollständige Uebersicht auch die Bedingung, unter welcher der Richter den Betheiligten die nach den Umständen zweckmäßigsten Vorschläge zur Abkürzung und Vereinfachung des Concurses machen kann, ohne welche er insbesondere angemessene Vorschläge zum Vergleich zu machen nimmermehr im Stande ist. Kann er gleich diese Kenntniß, was die Schuldenmasse betrifft, erst nach abgehaltenem Liquidationstermin oder soferne es auf das Prioritätsverhältniß ankommt, eigentlich erst nach rechtskräftigem Classificationserkenntniß mit Vollständigkeit erlangen; so genügt doch vorläufig schon die Information, die er aus der Angabe des Gemeinschuldners, aus den Akten, besonders aber aus den Resultaten des Liquidationstermins schöpft, bei dessen Eintritt doch erst ein kleines Stadium des Concursprozesses zurückgelegt ist. Ohnehin wird, wenigstens was die Kenntniß der Masseverhältnisse zum Behuf eines zu versuchenden Vergleichs betrifft, die Abhaltung des Liquidationstermins wesentlich, wenn irgend eine Einschreitung zum Vergleich, überhaupt zu Verfügungen über die Masse, welche die Einwilligung aller Betheiligten voraussetzt, mit Wirksamkeit eintreten soll.

§. 144.

Ununterbrochene Beschäftigung mit der Sache.

Eine wesentliche Forderung an den Richter und an das Gedeihen seines Werks besteht aber auch zugleich in

einer anhaltenden Thätigkeit bei der Bearbeitung eines Concursprozesses. Es gibt zwar ausser derjenigen Ursache der langen Dauer der Concursprozesse, die in dem Mangel an zweckmäßiger Verwendung der dieselben bearbeitenden Personen liegt, und die man mit dem Namen Verschleppung bezeichnet, noch manche andere: sie liegen, wie wir schon gehört haben, zum Theil in den Eigenheiten der Prozeßart selbst, in den verschiedenartigen Interessen, welche dabei zur Erörterung kommen, und in Verwickelungen, die so leicht eine Folge dieser mannigfaltigen Interessen sind. Allein nicht alles kommt auf Rechnung dieser Verhältnisse, sondern gar vieles, was zur Verewigung der Concursprozesse beiträgt, liegt in dem Mangel zweckmäßiger Thätigkeit der Gerichte. Soll dieser Prozeß zweckmäßig im Gang erhalten und gefördert werden, so fordert er, und zwar mehr als irgend ein anderer, die unausgesetzte Beschäftigung des damit beauftragten Gerichtsmitgliedes, damit diesem alle einzelne die Activ- und Passiv-Masse betreffende Gegenstände immer im frischen Gedächtniß und gegenwärtig bleiben. Nur so wird die Arbeit erleichtert und bei dem, der sie besorgt, Lust und Interesse gesteigert, die ausserdem in dem Grade sinken, als das Geschäft erschwert wird. Legt aber der Instruent die Akten aus der Hand, sieht sie wohl gar Monate und Vierteljahre lang nicht mehr an, so ist er vielleicht, besonders wegen eintretender Geschäftszerstreuungen, wenn er nun doch daran muß, genöthigt, sich wieder neu einzustudiren. Erfolgen dergleichen Unterbrechungen öfter, so kann es nicht fehlen, daß endlich Unlust an der ganzen Sache entsteht. Je länger überdieß ein Concurs dauert, desto eher ist ein Wechsel des damit beschäftigten Personals wahrscheinlich; — also neues mühsames Einstudiren. Geht auch von dem neuen Bearbeiter der Sache auf unablässiges Betreiben der Gläubiger oder auf Er-

citation der Oberbehörde endlich eine Verfügung aus, so ist sie oft nur eine halbe Maßregel, um die schreienden Interessenten wieder etwas zum Schweigen zu bringen, und den stecken gebliebenen Wagen wieder eine Strecke weiter fortzuschieben. Von einer gründlichen, eingreifenden Maßregel ist keine Rede. Ist die Activmasse nicht flüssig, die Immobilien finden keinen Käufer, und wird einmal deßhalb ein Vorschlag gemacht, so gleicht dieß dem Rütteln an einem Schlaftrunkenen. Man verfügt eine Convocation der Gläubiger, um diese mit ihren Erklärungen zu vernehmen; dabei verhält der Gerichtscommissär sich passiv. Statt den Gläubigern zweckmäßige Vorschläge zu machen, begnügt er sich, sie bloß anzuhören, oder er vernimmt deren Anwälte mit ihren Erklärungen, d. h. er läßt sie zu Protokoll rezessiren. Diese nehmen nun die hinc inde gemachten Vorschläge ad referendum und die Sache hat nun wieder oft lange Zeit Ruhe; vielleicht glaubt man nach Gelegenheit alles gethan zu haben, wenn man einen nochmaligen Versuch zur Feilbietung der Immobilien u. d. gl. macht. Kein Wunder, wenn endlich auch die Gläubiger der Sache überdrüssig werden und der Concurs ganz einschläft, bis ihn etwa ein glückliches Ohngefähr aus seinem todtenähnlichen Schlummer erweckt. Mehrere Gläubiger sterben und verderben und ihr Anspruch kommt in die Hände ihrer Erben oder Gläubiger. Hier ist nun gar kein Ausgang mehr: denn diese Successoren verlieren natürlich in dem Grade das Interesse und werden gleichgültiger, als in ihren Händen das Forderungsrecht quantitativ an Werth verliert, weil es in mehrere Theile sich zerspaltet.

Die meisten Verzögerungen verursacht die Herstellung der Activmasse, indeß die Passivmasse, ob es gleich oft auch da verzögerlich genug hergeht, wenigstens in

verhältnißmäßig weit kürzerer Frist ihre Erledigung findet. Die Locatoria ist oft schon Jahre lang rechtskräftig und die Gläubiger können dieselbe nicht zum Vollzug bringen, weil die Masse nicht flüssig ist. Das rührt denn ausser den Verzögerungen, welche aus zweckwidriger Behandlung des Immobilien-Subhastationswesens entstehen, häufig von der Lethargie der Gerichte und von einem Mangel an gutem Willen von Seiten derer her, die von der längern Dauer des Concurses Vortheil haben: Massecuratoren, Commun-Anwälte ꝛc. Wenn diese vollends in der Lage sind, mit der Masse Spekulationen machen zu können *i*), so darf es nicht befremden, wenn die geklagten Verzögerungen beinahe alltäglich werden, man sollte vielmehr sich wundern, wenn ein solcher Concurs je zum Ausgange kommt.

Viertes Kapitel.

Sorge für die Activmasse.

§. 145.

Deren Sicherung und Richtigstellung.

Da die Sorge für die Vermögensmasse den Concursgerichten nicht wohl abgenommen werden kann (§. 142.), so muß nunmehr gezeigt werden, wie sie solche durch gehörige, besonders rechtzeitige Anwendung zweckdienlicher Mittel zu bethätigen haben. Zuerst handelt es sich hier von Erlangung einer genauen Kenntniß der Beschaffenheit dieser Masse und von Verhütung je-

---

i) Vergl. v. Gönners Entw. e. Gesetzbuchs über das gerichtl. Verfahren II. Band S. 796. u. 801. Note. Dann Commentar z. Gesetz vom 22. Jul. 1819. ad §. 35.

der nachtheiligen Veränderung ihres Standes. Beides ist um so wesentlicher, da man die Vermögensmasse eigentlich die Achse nennen kann, um die sich der ganze Concurs dreht. Denn ist diese Masse klein, es sey an sich oder wegen darauf haftender vieler vorzüglichen Schulden, also wenigstens in Ansehung der nicht privilegirten Gläubiger klein; so ist ein weitläufiges Verfahren, so sehr auch in der Passivmasse dazu Anlaß liegen mag, sehr zwecklos; die Sache auf dem möglichst kurzen Wege zu beendigen, muß vielmehr in diesem Falle des Richters Bestreben seyn.

Mittel zu den bemerkten Zwecken sind I) vorgängig der Beschlagnehmung des Vermögens in solle durch Versiegelung und durch Inhibitionen an die Schuldner der Masse, und wer sonst von derselben etwas unter irgend einem Titel in Händen hat, II) die Inventur und Schätzung, endlich III) der Verkauf. Zum Zwecke der Beschlagnehmung dient auch der s. g. offene Arrest, und zum Zwecke der richterlichen Ausmittelung der Masse, der Manifestationseid. Gleichzeitig schon mit den ersten Einschreitungen zum Besten der Vermögensmasse erfolgt die Aufstellung eines Interims-Curators.

Die Maßregeln zur Versicherung der Vermögensmasse leiden keinen Aufschub. Sie nehmen sogar die Fürsorge der Gerichte von Amtswegen, also auch ohne Antrag von Seiten der Betheiligten noch dringender in Anspruch als selbst die Edictalcitation der Gläubiger, oder doch sofern als diese die Bekanntmachung der Concurseröffnung enthält, und deßhalb allerdings Beschleunigung fordert, wenigstens dringender als das Liquidations- und Prioritätsverfahren. Die Schuldenmasse wird durch Zögern nicht leicht verändert, wohl aber die Vermögensmasse.

§. 146.

Siegelung, Inventarisirung, Verkauf.

Die erste Einschreitung, welche den Gerichten nach Eröffnung des Concurses (sofern dießfalls nicht schon während des präparatorischen Verfahrens Maßregeln genommen worden sind) obliegt, und wodurch die Beschlagnahme des Vermögens realisirt wird, ist die Versiegelung des Vermögens des Schuldners, oder die Anlegung der gerichtlichen Sperre, soweit dasselbe in Mobilien und überhaupt solchen Gegenständen besteht, welche dem leichtern Verbringen ausgesetzt sind und sonst diese Maßregel zulassen. Dadurch wird dieser Theil des Vermögens in eine Art gerichtlicher Verwahrung genommen, bis er gehörig verzeichnet (inventarisirt), geschätzt und hiernächst versilbert werden kann. Ist das Mobiliarvermögen unbedeutend, so kann vielleicht in der nämlichen Zeit, die man auf die Versiegelung verwendet, gleich die förmliche Inventur und Taxation vorgenommen werden, alsdann aber ist gleichwohl die Sicherstellung durch Anlegung der Siegel oder auf andere Art nothwendig, bis die Masse durch auctionsweisen Verkauf zu Geld gemacht werden kann. Die Regel ist aber, daß zuerst obsignirt wird. Ueber die solchergestalt in Beschlag genommene Masse muß eine gehörige Aufsicht angeordnet, Gelder aber, wenn dergleichen vorgefunden werden, Pretiosen, Gold und Silber und andere zur Deposition geeignete Gegenstände von größerm Werthe müssen in das gerichtliche Depositorium gebracht werden. Gehört zu dem Vermögen eine Handlung, Fabrik, offene Wirthschaft u. d. gl. so kann die Fortsetzung des Geschäfts ohne Nachtheil nicht unterbrochen werden. Es wird daher dazu ein Aufseher bestellt, welchem das zum Betriebe des Geschäfts nöthige Material an Utensilien und Geräthschaften nebst einem Vorrathe von Waaren

mittelst Designation und auf Berechnung übergeben wird, indeß alles übrige unter Siegel genommen oder sofern der Gegenstand dieß nicht zuläßt, verzeichnet, und zur besondern Aufsicht übergeben wird. Hierbei sind überall ausser dem aufgestellten Interimscurator die etwa dabei von selbst sich einfindenden Gläubiger zuzuziehen, und mit ihren Anträgen zu hören.

§. 147.

Fortsetzung.

Hiernächst wird zur Inventarisirung und Schätzung in einer besonders dazu anberaumten Tagesfahrt geschritten. Die nähern Modalitäten des Verfahrens sowohl hiebei als bei der Versiegelung sind ganz so, wie bei dem Verfahren in nichtstreitigen Angelegenheiten *k*). Beschleunigung und Ordnung sind wesentliche Erfordernisse dieser Geschäfte.

Wegen der Verzeichnung einer zur Masse gehörigen kaufmännischen Handlung bestimmt die preuß. G. O. *l*) zweckgemäß, daß es darüber der Regel nach keiner besondern Inventur bedürfe. Es sollen vielmehr, wenn ordentlich geführte Handlungsbücher existiren, nur diese von dem Curator mit Zuziehung des Buchhalters, oder in dessen Ermangelung, eines andern Handlungsbedienten, gehörig abgeschlossen, und die Extracte und Bilanzen daraus, zu den Akten gebracht, die Bestände und Lager nach diesen Extracten revidirt, und solchergestalt von dem Curator übernommen werden. Sind keine, oder doch nicht ordentlich geführte Bücher vorhanden; so

---

k) Vergl. mein Handbuch des gerichtl. Verfahrens in nichtstreitigen bürgerlichen Rechtssachen. (Erlangen 1821. 8.) Theil II. §. 258. ff. und 263. ff.

l) Thl. I. Tit. 50. §. 216.

muß der Curator, unter Zuziehung der Handlungsbedienten des Gemeinschuldners, das Inventarium der Handlung nach kaufmännischer Art errichten und zu den Akten gehörig einreichen.

Nach aufgenommener Inventur und Schätzung muß ohne Zeitverlust zum Verkauf des Mobiliars im Wege der Auction geschritten werden. Daß Gegenstände, welche bei längerer Aufbewahrung dem Verderben oder der Werthsverminderung unterworfen sind, also gewisse Vorräthe, gemästetes Vieh oder welche der Masse unnütze Kosten verursachen würden, z. B. Kutschen- und Reitpferde und anderes, das in der Wirthschaft entbehrlich oder sonst mit Vortheil nicht beizubehalten ist, eher zum Verkaufe zu bringen, als dieß etwa im ordentlichen Geschäftsgange mit den übrigen Gegenständen geschehen kann, versteht sich von selbst, und wird auch von den Betheiligten gewöhnlich sofort in Antrag gebracht.

Wie bei der Auction der Mobilien zu verfahren, deßfalls bedarf es hier keiner nähern Beschreibung. Die sämmtlichen zu verauctionirenden Gegenstände werden nach vorgängiger Schätzung und öffentlicher Bekanntmachung des Auctionstermins in demselben zum Aufstriche gebracht, Stück für Stück ausgeboten und dem Meistbietenden zugeschlagen. Es können aber in einem Inbegriffe von mehreren zu verauctionirenden Mobilien Sachen von beträchtlichem Werthe vorkommen, es sey nach ihrem Gehalt an sich oder bloß in Rücksicht auf gewisse Liebhaber, z. B. Juwelen, kostbare Gemählde oder andere Kunstwerke, seltene Medaillen rc. Der Verkauf dieser Stücke fordert, um denselben zur Wissenschaft der Liebhaber zu bringen, eine besondere Bekanntmachung und sonst eine Behandlung, ähnlich der bei Versteigerung

von Immobilien. Daher die preuß. G. O. *m*) sachgemäß bestimmt, daß dergleichen hochgültige Sachen subhastirt werden sollen, welche Behandlung sich eigentlich von selbst rechtfertigt, da es ohne Zweifel sehr unangemessen seyn würde, wenn ein Brillantschmuck von hohem Werthe unter anderer verhältnißmäßig vielleicht unbedeutender Fahrniß mit verauctionirt würde, indeß man bei einem Grundstücke, das vielleicht kaum den vierten Theil des Werths hat, eine Subhastation einleitet *n*).

§. 148.

Fortsetzung.

Auch das Immobiliare wird zur Schätzung gezogen und der öffentlichen Versteigerung im Wege des Subhastationsprozesses ausgesetzt. In der Regel hat es damit keine so große Eile. Es ist rathsam, den Licitationstermin so anzusetzen, daß die im Liquidationstermin erscheinenden Gläubiger über den Ausfall mit ihrer Erklärung vernommen werden können, ohne daß durch besondere Vorladung derselben Verzögerung verursacht wird.

Die ausstehenden Aktivforderungen, deren Schuldner bekannt sind, werden zu gleicher Zeit mit der verfügten Sperre, soweit selbige aus dem von dem Schuldner übergebenen Vermögensstatus schon bekannt sind, in Beschlag genommen, indem den Schuldnern von der verfügten Concurseröffnung (falls es nicht schon früher, und bei Gelegenheit des Präliminar-Verfahrens geschehen) Eröffnung gemacht, und selbige angewiesen werden, ihre Zahlungen an niemand anders, als in das

m) Ebendas. §. 228.

n) Vergl. meinen Entw. einer Ordn. des Verfahrens in den Gegenständen der freiwill. Gerichtsbarkeit. (Erlangen 1824.) Seite 185. u. 353.

gerichtliche Depositorium oder auf Anweisung des Gerichts zu leisten, und zwar bei Strafe der Nichtigkeit im Falle der Zuwiderhandlung. In Ansehung der unbekannten Schuldner geschieht dieß durch den offenen Arrest (§. 151.).

§. 149.

Depositarische Behandlung.

In Ansehung der Sicherung und Verwaltung der Aktivmasse erscheint das gerichtliche Depositorium rücksichtlich der dazu geeigneten Vermögensstücke als ein sehr nützliches Institut zu Versicherung der Gläubiger, weniger der Massecurator. Wo das gerichtliche Depositorium zweckmäßig organisirt ist, ist dagegen durchaus nichts einzuwenden, ausser etwa das Bedenken wegen mehrerer Bemühung der Gerichte. Ueberläßt man den Curatoren, die ohnehin, wenn sie ihre Pflicht erfüllen wollen, schon genug auf sich haben, zuviel von der Verwahrung und Verwaltung der Masse, so vermehrt man natürlich ihre Verantwortlichkeit. Man verleitet ihnen dadurch und besonders durch die ihnen etwa abgeforderte Caution, wenn diese zumal dem Gegenstande der Versicherung entsprechen soll, die Lust zur Uebernahme dieser Funktion, oder veranlaßt sie, daß sie sich für ihre Mühe und Verantwortung vielleicht auf eine Art entschädigen, von welcher das Taxregulativ rücksichtlich der Belohnung der Curatoren gerade nichts enthält. Es versteht sich von selbst, daß der gehörig erklärte Wille der Creditorschaft hier weiter gehen kann, als die gesetzliche Provision gehen darf.

Es ist nun noch übrig, von zwei Mitteln zum Zwecke der zuverlässigern und zugleich regern Herstellung der Aktivmasse besonders zu reden; ich meine den offenen Arrest und den Manifestationseid.

§. 150.
Vom offenen Arrest.

Es ist hier von einer richterlichen Handlung die Rede, die nicht allgemein in der Praxis der Gerichte gebräuchlich, aber für den Zweck der regelmäßigen Behandlung eines Concurswesens von dem entschiedensten Nutzen ist. Man versteht unter dem offenen Arrest eine öffentliche Bekanntmachung der Vermögensbeschlagnahme mit einer Inhibition gegen jedes weitere Verkehr mit dem Schuldner (vergl. §. 8. C.) Die Bekanntmachung geschieht öffentlich, damit die gerichtsunbekannten Interessenten dadurch verpflichtet und vor Schaden gewarnt werden. Selbige geht an Schuldner, Pfandgläubiger, Depositarien und andere Inhaber von Gegenständen, deren Eigenthum dem Gemeinschuldner und nunmehr dessen Concursmasse zusteht. Die Wirkung der Nichtbefolgung dieses richterlichen Befehls richtet sich nach der Beschaffenheit des dadurch zu versichernden Rechts, und so denn auch der dabei anzudrohende Nachtheil, welcher bestehen kann bald in der Nichtigkeit der unternommenen Handlung überhaupt, bald in dem Verlust eines Rechts z. B. des Pfandrechts, welches nach der richtigern Annahme ohnehin eine Folge der Präclusion des citirten und nicht erscheinenden Pfandgläubigers ist.

Schweppe o) bestreitet die Gültigkeit dieser Maßregel, indem er dafür hält, daß die Nichtbefolgung von Seiten der Schuldner oder anderer, die von dem Cridar etwas besitzen, keine andere Folge haben könne, als die einer Anmahnung von Seiten des Cridars selbst; denn der Concurs habe nicht mehr Recht, als der Cridar, also höchstens die Folge der malae fidei possessio und der

o) System des Conc. der Gläubiger §. 121.

mora. — Aber mehr, als was aus der Bekanntmachung einer Cession an den Schuldner überhaupt folgt, beabsichtet auch die öffentliche Bekanntmachung der cessio omnium bonorum nicht. Das Eigene ist hierbei nur, daß im Concurs auch von einer Benachrichtigung an unbekannte Schuldner sich handelt. —

Wenn weiter gesagt wird, es sey Ueberschreitung der richterlichen Befugniß auf den Fall der Verheimlichung dessen, was man von dem Cridar besitze, die Strafe des doppelten zu setzen; so sage ich noch mehr, nämlich: es ist ungeschickt, das Präjudiz so auszudrucken, wie es nie realisirt werden kann. Von einer poena dupli kann keine Rede seyn, wenn derjenige, dem der Schuldner ein Kleinod in Verwahrung gibt, der Beschlagnehmung ungeachtet, es diesem ausantwortet, sowenig als wenn der Schuldner gegen die Warnung an den Cridar bezahlt. Beide handeln nichtig, und die Folge ist, daß jener das Kleinod wieder beischaffen oder den Werth ersetzen muß, so wie dieser, weil er an einen Unberechtigten bezahlt hat, nun auch an den Berechtigten, mithin freilich noch einmal bezahlen muß, was aber nur sehr uneigentlich eine Strafe des Doppelten genannt werden würde. Ich will indessen wohl zugeben, daß dergleichen Ungeschicklichkeiten selbst in den öffentlichen Erlassen mancher Gerichte vorkommen.

Im übrigen braucht aber kaum erinnert zu werden, wie schlecht es mit der Realisirung des Prinzips von der Allgemeinheit des Concurses aussehen würde, wenn man nicht mit Ernst verhinderte, vielmehr geschehen ließe, daß der Schuldner des Gemeinschuldners nach wie vor an diesen bezahlen, der Depositar u. s. w. das, was er von demselben in Handen hat, an ihn zurückgeben dürfte, überhaupt wenn auf das durch die Cession eingetretene

veränderte Rechtsverhältniß keine Rücksicht genommen würde oder wenn der Pfandgläubiger sich von der Gesammtpassiv-Masse willkührlich los machen und das Pfand so weit es mehr als seine Forderung beträgt, entweder behalten oder an den Cridar verabfolgen lassen dürfte. Wo also auch ein solcher offener Arrest nicht ausdrücklich gesetzlich vorgeschrieben ist, liegt es dennoch in der allgemeinen Obliegenheit der Gerichte, dergleichen Beschlagnehmung in Ansehung der unbekannten Betheiligten durch öffentliche Bekanntmachung zu verhängen.

§. 151.

Von dem Manifestationseide *p*).

Was den Manifestationseid betrifft, so ist jeder Gläubiger befugt, denselben von dem Gemeinschuldner zur Bestätigung der Richtigkeit des angegebenen Vermögenszustandes zu fordern, ohne besondere Gründe des Verdachts einer Unredlichkeit angeben zu müssen. Denn da jeder Gläubiger bei der getreuen Angabe der Mittel seiner Befriedigung betheiligt ist, so kann seine Befugniß nicht bezweifelt werden, sobald auch er nur allein Gründe zur Besorgniß einer Gefährde zu haben glaubt, von diesem Mittel der Erforschung der Wahrheit Gebrauch zu machen *q*). Selbst daß das Inventarium gerichtlich aufgenommen worden, ändert hieran nichts, da dasselbe nichts weiter beweist, als die richtige Aufnahme dessen, was dem Gericht vorgelegt worden, mithin die Besorg-

---

p) D. J. Langsdorf de juramento manifestationis, creditoribus, legatariis ac fideicommissariis competente. Marb. et Giessae 1784. 8.

q) Malblanc doctrina de jurejurando §. 48.
Glücks Commentar XI. §. 729. Seite 35.
Dabelow a. a. O. S. 518.

niß einer Unredlichkeit dadurch keineswegs ausgeschlossen ist. Die Erfahrung lehrt, daß zu dieser Besorgniß nur zu oft Anlaß gegeben wird, wie denn überhaupt die Beispiele von ganz getreuer Vermögensabtretung wohl zu den Seltenheiten gehören. Daß der Eid überhaupt ein trügliches Mittel für den Zweck ist, ist leider bekannt. So lange aber in dieser Welt dieses Mittel das letzte zur Erkennung der Wahrheit, wenigstens vor Gericht ist, kann über die Zweckmäßigkeit des Manifestationseides wohl keine Frage mehr seyn. Derselbe hat jedoch auch, noch vor den meisten übrigen Eiden das voraus, daß die Wahrscheinlichkeit der Entdeckung eines Meineides hier ungleich größer, folglich das abschreckende Motiv weit wirksamer ist, als bei andern.

§. 152.

Wer soll den M. E. leisten?

Da jeder, der in der gemeinsamen Haushaltung sich befindet, Kenntniß von den Umständen haben kann, welche durch den Manifestationseid ausgemittelt werden sollen, so sind dazu ausser dem Gemeinschuldner auch dessen Ehefrau, Kinder und Gesinde (sofern diese Personen sonst eidesfähig sind) denselben abzuleisten verpflichtet *r*). Es kann auch diese Verpflichtung rücksichtlich der zuletzt genannten Personen nicht für einen unnatürlichen Gewissenszwang angesehen werden, indem es hier

---

r) Hofmann deutsche Reichspraxis §. 703.

Langsdorf l. c. §. XXV.

Dabelow Concurs der Gläubiger S. 318.

Preuß. G. O. Thl. I. Tit. 22. §. 29. n. 6. et 7. Tit. 50. §. 217. vergl. auch Engelhardt Entw. einer verbesserten Gesetzgebung für bürgerl. Rechtsstreitigkeiten (Rudolstadt 1817. 8.) Satz 367.

nur auf die Angabe dessen, was man weiß, oder auf die glaubhafte Bestärkung des Nichtwissens ankommt. Auch erhält der Schwur des Gemeinschuldners dadurch erst Gewicht, indem diese Nebenpersonen als eine Art von Eideshelfern anzusehen sind.

§. 153.

Rechtliche Folge des verweigerten M. E.

Es fragt sich, welcher Rechtsnachtheil auf den verweigerten Manifestationseid zu setzen? Die preußische G. O. bestimmt *s*), daß gegen den Weigernden wie bei Executionen ad faciendum einzuschreiten, d. h. es wird mit gefänglicher Haft bis zu drei Monaten, da hier Geldstrafen nicht Anwendung finden, verfahren. Gleicher Meinung ist auch nach gemeinem Recht Pufendorf *t*), Hofmann *u*) und Langsdorf *v*). Denn da der Schwörende bloß angeben darf, was er weiß, so kann die Weigerung entweder nur als ein Bekenntniß der Schuld, oder als Starrsinn angesehen werden, oder als Scrupulosität, der in foro externo nicht nachgesehen werden kann. Engelhardt *w*) schlägt vor, die den Offenbarungseid verweigernden Personen sollten als Unternehmer, Theilhaber oder Begünstiger einer betrüglichen Zahlungsunfähigkeit peinlich verfolgt werden. — Wenn der Zwang nichts fruchtet, so kann allerdings mit der Untersuchung gegen den Widerspenstigen verfahren werden, vorausgesetzt, daß der obwaltende Verdacht durch spe-

---

s) Thl. I. Tit. 22. §. 34. vergl. mit Tit. 24. §. 51. sq.

t) Obs. Tom. III. 125.

u) Deutsche Reichspraxis §. 702.

v) l. c. §. fin.

w) a. a. O. Satz 367.

spezielle Thatumstände und Anzeigen unterstützt ist. Die bloße strafrechtliche Einschreitung allein, ohne den executiven Zwang im Civilwege, möchte aber dem wesentlichen Zwecke der Gläubiger wohl in den meisten Fällen nicht entsprechen, weil auf Erwirkung eines Geständnisses nicht sicher zu rechnen ist, die Ueberführung aber in der Regel fehlschlagen muß. Denn hätte man statt bloßer Verdachtsgründe Beweise, so würde man nicht zu dem Mittel des Manifestationseides seine Zuflucht nehmen. Wird also der Weigernde bloß der Criminaljustiz übergeben, so ist wohl in den meisten Fällen vorherzusehen, daß weder der Zweck der Strafgewalt, noch der des bürgerlichen Rechtsschutzes erreicht werden wird.

Sehr beachtungswerth sind die Vorschriften über den Manifestationseid in der Falliten-Ordnung des Cantons Bern x), indem §. 14 ff. bestimmt ist: Wenn die Geldtags- (Concurs-) Behörde oder ein oder mehrere Gläubiger vermuthen, der Geldstager (Cridarius) habe durch betrügerische Handlungen das Interesse der Masse gefährdet; so haben sowohl der eine als die andern das Recht, denselben und die, welche an den verdächtigen Handlungen Theil genommen oder aus denselben Vortheil gezogen, zu der Manifestation anzuhalten. Der oder die Gläubiger, welche von diesem Rechte Gebrauch machen wollen, müssen ihr Gesuch nebst den Manifestations-Fragen der Geldtags-Behörde einreichen, welche dasselbe mit ihren Bemerkungen dem Oberamte übermacht. Der Oberamtmann soll hierauf die Parteien vor sein Verhör bescheiden, und diejenigen, deren Abhörung verlangt wird, auf die in Civilrechtssachen bestimmte Weise abhören. Genügen die Aussagen des Geldtagers denjenigen nicht, die ihn zur Manifesta-

x) Gesetz zu Verhinderung betrügerischer und muthwilliger Geldstage. Bern 1823.

tion angehalten; so haben sie das Recht, anstatt auf den Eid, darauf anzutragen, daß das Abhörungs-Protokoll zur Berücksichtigung der Behörden zu den Geldtagsakten gelegt werde. Weigert sich der Geldtager rc., die Manifestations-Fragen gehörig zu beantworten, oder auf Verlangen der Partei, welche auf die Manifestation angetragen, den Eid zu den Aussagen zu leisten; so ist die Widerspenstigkeit einem civilrechtlichen Eingeständnisse jener Handlungen gleich zu achten und begründet eine Civilklage auf den Ersatz des Schadens, der den Gläubigern durch dieselben zugewachsen ist. Das Protokoll über das widerspenstige Benehmen des Geldtagers soll zu den Geldtagsakten gelegt, und derselbe, wegen des Verdachts, den er dadurch veranlaßt, verurtheilt werden, auf so lange auszuschwören, bis er seine Gläubiger unklaghaft gemacht: es sey denn, daß er sich bei der anzuordnenden Untersuchung von diesem Verdachte gänzlich reinigen könnte.

Diese Bestimmungen, besonders was die der Eidesleistung vorausgehende Befragung betrifft, erscheinen sehr zweckmäßig. Dadurch wird nämlich der Manifestant nicht bloß im allgemeinen zur getreuen Angabe seines Vermögens und zur eidlichen Erhärtung, daß er nichts verheimlicht habe, verpflichtet, sondern es werden ihm spezielle Thatsachen und Verdachtsgründe zur Beantwortung vorgelegt. So wird er, wenn es hiernächst nach den Umständen zum Eide kommt, in die Lage der eidlichen Abläugnung bestimmter Thatsachen versetzt, und er hat weniger Spielraum zu Mentalreservationen und Reticenzen, als bei dem Schwur in folle.

§. 154.

Beschleunigte Flüssigmachung der Masse.

Es ist aber nicht genug, daß der Richter für die Sicherung und Ausmittelung der Activmasse Sorge trägt,

sein Bestreben muß vielmehr auch dahin gehen, dieselbe sobald als möglich flüssig zu machen. Erst wenn das bewegliche und unbewegliche Vermögen versilbert, und die ausstehenden Activa eingezogen sind, sind die Kräfte der Vermögensmasse hergestellt. Es würde gut seyn, wenn schon bei Erlassung der öffentlichen Vorladung den Gläubigern bekannt gemacht werden könnte, wie hoch sich das unter sie zu theilende Vermögen beläuft, so wie wer nach der vorläufigen Ausmittelung daran Anspruch macht. Mancher Gläubiger würde seine Maßregeln darnach nehmen und wenn er vorher wüßte, wie hoch die theilbare Masse und die sämmtlichen Schulden sich belaufen, oft nicht der Mühe werth finden, mit einer zwecklosen Liquidation Zeit und Kosten zu verschwenden. Allein dieß kann nun nicht wohl geschehen, selbst bis zum Liquidationstermin nur ausnahmsweise. Indessen sollte wenigstens gleich nach dem Liquidationstermin vor allen zur Herstellung der Vermögensmasse geschritten werden, ehe man ein weitläufiges Verfahren über die Liquidität und Priorität der Forderungen einleitet. Denn es ist offenbar zwecklos, um die Liquidität einer Post lange zu streiten, die nach dem Stande der Masse leer ausgeht, oder um die Priorität dieser oder jener Classe, wenn die Masse vielleicht auf beide Classen hinreicht.

§. 155.
Mittel dazu.

Wenn aber auch die Herstellung beider Massen, der Vermögens- und der Schulden-Masse, nur gleichen Schrittes geht, so ist schon damit genug gewonnen, da die Erfahrung uns häufig Beispiele darbietet, daß man noch lange an der Activmasse manipulirt, wenn das Locations-Erkenntniß vorlängst rechtskräftig, also die Passivmasse im Reinen ist. Vieles kann für den Zweck, we-

nigstens der gleichmäßigen Erörterung geschehen, wenn die Subhastation der Immobilien nach den im ersten Abschnitt des zweiten Buchs ausgeführten Grundsätzen ordnungsmäßig vorgenommen wird und wenn unsicher ausstehende Activa oder solche Mobilien, die nicht an den Mann zu bringen, denjenigen Gläubigern in solutum überwiesen werden, welche nach denen, die aus der disponibeln Masse befriedigt werden können, locationsmäßig an der Reihe stehen, und in dem Verhältniß, wie sie die Reihe trifft; kurz, wenn das Gericht, sobald einmal die Ordnung der Perception rechtskräftig feststeht, den Concurs dadurch zu Ende bringt, daß es die, aus der zu Geld gemachten Masse, oder durch Anweisung an die Kaufgelder der Immobilien, oder an sonst sichere Activa, nicht zu befriedigenden Gläubiger, — überall mit Rücksicht auf ihre besondern Pfandrechte und die dadurch begründeten Ansprüche an einzelne Vermögensstücke — an die noch übrige Masse, theils durch Immission, theils durch Uebergabe an Zahlungsstatt verweist und ihnen die Sache vollends unter sich auszumachen überläßt, vorausgesetzt, daß nicht sonst ein Uebereinkommen unter den Interessenten erzielt werden kann.

Fünftes Kapitel.

Behandlung der Passivmasse.

§. 156.

Von der Constituirung der Schuldenmasse überhaupt.

Bei der Herstellung der Passivmasse sind vor allen folgende Grundsätze zu bemerken:

I) der Concurs geht nur die eigentlichen Concursgläubiger an, d. h. diejenigen, welche 1) For-

derungen 2) an den Cridar haben, deren Befriedigung 3) aus dem abgetretenen Vermögen erfolgen soll, bei welchen also auch allein eine Collision der Rechte eintreten kann, weil die Masse — was eben Bedingung eines Concurses ist — nicht auf sie alle hinreicht.

II) Von der Concursmasse sind daher ausgeschlossen, mithin auch von der Einlassung in den Concurs befreit: a) die Vindicanten, deren Befriedigungsobjekt ihre eigenthümliche, nicht zum Vermögen des Schuldners, folglich auch nicht zur Concursmasse gehörige Sache ist; b) diejenigen, welche mit der Masse contrahirt, Vorschüsse zur Erhaltung derselben u. s. w. an den Curator gemacht haben. Denn ihr Schuldner ist nicht der Cridar, sondern die Gesammtheit der Gläubiger. Endlich sind ausgeschlossen c) höchstpersönliche Obligationen des Gemeinschuldners, sofern nicht bei unterbleibender Erfüllung (z. B. Leistung einer Arbeit, Vollziehung eines Eheversprechens) ein taxables und insofern an die Vermögensmasse geltend zu machendes Interesse eintritt, was denn auch bei der ästimatorischen Injurienklage der Fall wäre, obschon hier im übrigen die geforderte Aestimation im Concurse nicht mehr Recht haben würde als die Geldstrafen y). Diese Ansprecher (ad a, b, c) verfolgen ihr Recht theils gegen den Curator in den ersten beiden Fällen, theils gegen den Gemeinschuldner im letzten Fall. Eine Collision mit andern, wie bei den Concursgläubigern unter sich, kann hier nicht eintreten.

III) Die Constituirung der eigentlichen Gläubigermasse, also die Beantwortung der Frage: wer nimmt an dem abgetretenen Vermögen Theil? und da selbiges zur Befriedigung aller Gläubiger nicht hinreicht: in welcher

---

y) Claproth summar. Prozesse §. 369. nro. 4.

Ordnung erfolgt diese Theilnahme, mithin zugleich in welchem Verhältnisse der Forderung zum Empfang? — ist Aufgabe des Prozesses, der mit der Provocation zur Geltendmachung der Forderungen an das abgetretene Vermögen und zwar durch specielle Vorladung der Bekannten und durch Ediktalcitation derjenigen, welche unbekannt und ungewiß sind, beginnt. Dieß ist der Concursprozeß im engsten Sinne des Wortes, der sich mit der Ausmittelung aller Fordernden und mit der Erörterung der Rechtsverhältnisse beschäftigt, unter welchen das an die Gesammtheit der Gläubiger abgetretene Vermögen auf die einzelnen eigenthümlich übergeht, oder mit der Frage, wie die bestehende Gemeinschaft aufgehoben werden soll.

IV) Da sich aber eine zur Befriedigung der Gläubiger bestimmte Vermögensmasse nicht eher mit Zuverlässigkeit annehmen läßt, als bis selbige gehörig purifizirt, also die nicht dahin gehörigen Stücke davon abgesondert sind, Absonderungsberechtigte aber auch unbekannt seyn können; so sind unter der öffentlichen Vorladung nicht bloß eigentliche Gläubiger, sondern überhaupt alle und jede begriffen, welche "ex quocunque capite et titulo" Ansprüche und Forderungen haben, — nicht um sich gleich den Gläubigern in den Concurs einzulassen und mit diesen eine Gemeinschaft auf Theilung zu formiren, sondern um zur Purifizirung der Masse ihre Rechte klagbar geltend zu machen. Also ist mit der Provocation der Gläubiger zugleich eine provocatio ad agendum gleichsam ex lege concursus rücksichtlich aller andern Berechtigten verbunden.

§. 157.

Ist ausser der Ediktalcitation eine besondere Vorladung nothwendig?

Was die bemerkte Art der Vorladung betrifft, so würde manche Schreiberei erspart werden können, also

auch zur Abkürzung der Concursprozesse beigetragen werden, wenn wie nach dem sächsischen Concursprozeß die Ediktalcitation zugleich die Stelle der speciellen Vorladung verträte, somit bekannte und unbekannte Gläubiger bloß öffentlich vorgeladen würden. Allein abgesehen davon, daß diese rein positive Bestimmung nach der Theorie von der Citation und deren Erforderniſſen nicht gut zu vertheidigen ist, wornach die Ediktalcitation nur an solche zu erlassen, welchen die ordentliche Vorladung nicht insinuirt werden kann, folglich nur subsidiär ist *z*): so ist der Gewinn dieser Abkürzung eben doch so groß nicht. Denn was auf der einen Seite an Schreiberei erspart wird, geht auf der andern dadurch wiederum verloren, daß der öffentlichen Bekanntmachung nun eine größere Ausdehnung gegeben werden muß, soll anders der Zweck der gehörigen Bekanntwerdung nur einigermassen mit Zuverlässigkeit erreicht werden. Unbemerkt darf im übrigen hier nicht bleiben, daß die Eigenthümlichkeit des sächsischen Rechts dadurch sehr gemildert ist, daß nach einer Verordnung vom 10. Sept. 1733 von der Präclusion binnen Jahresfrist vom Liquid. Termin an gerechnet, sofern nur binnen dieser Zeit das Designations- (Locations-) Urtheil nicht rechtskräftig geworden, eximirt seyn sollen: 1) Fremde, 2) diejenigen, welche rem judicatam, oder 3) ein Unterpfand in Händen haben, 4) die Hypothekarien oder mit landesherrlichen Consensen Versehenen, 5) die Immissi *a*). Uebrigens ist man von der Nothwendigkeit der speciellen Vorladung der bekannten Gläubiger jetzt wohl allgemein überzeugt *b*).

---

z) Clem. 1. de judiciis.

a) (v. Trützschler) die Lehre von der Präclusion bei entstand. Concurse der Gläubiger (II. Ausg. Leipz. 1802. 8.) Seite 75. (der ersten Ausg.)

b) Auch v. Gönner hat seine frühere Ansicht (im Handb. IV.

§. 158.

Die zwei Hauptrichtungen des Verfahrens bei Herstellung der Schuldenmasse.

Der Rechtsstreit, wozu die Gläubiger auf einen bestimmten Termin zur Klagestellung (Liquidation ihrer Forderungen) und weitern rechtlichen Verhandlung vorgeladen werden, wird wie billig, nachdem bisher dessen Abwendung nicht Statt gefunden, vor allen durch einen Sühneversuch zu beseitigen gesucht. Man hat nun alle creditorische Interessenten vor sich, und da anzunehmen ist, daß ihnen insgesammt weniger an dem Prozeß, als an der möglichst baldigen Befriedigung gelegen ist, so hört man wenigstens ihre Vorschläge. Indessen kann man sich dabei nicht lange aufhalten, da der rechte Zeitpunkt zum Vergleichsversuche jetzt noch nicht eingetreten ist und zwar darum, weil der Richter, der hiebei hauptsächlich thätig seyn muß, ausser bloßen Gemeinplätzen noch zur Zeit nicht hinlänglichen Stoff zu triftigen Vorstellungen und Vorschlägen hat, indem die Passivmasse noch nicht im Reinen, das Prioritätsverhältniß insonderheit noch nicht festgestellt, auch die Vermögensmasse in dieser Periode gewöhnlich noch nicht berichtigt ist. Man schreitet also je eher desto besser zum eigentlichen Zwecke des Termins.

Es spaltet sich aber das Verfahren, wie schon oben erinnert worden, gleich von seinem Beginnen, nämlich von dem Auftreten der provocirten Gläubiger an in zwei Theile: in das Liquidations- und in das Prioritäts-Verfahren. Dort ist die ganze Masse der Gläubiger und eventuell der Gemeinschuldner Gegner

---

n. 82. §. 30.) nunmehr geändert (s. dessen Entw. e. Gesetzbuchs über das ger. Verfahren. Bd. I. S. 307. Bd. II. S. 763.)

jedes klagsweise auftretenden Einzelnen; der G. S. in sofern, als nach der Gläubiger Befriedigung etwas übrig bleiben sollte, oder auch schon in sofern als ihm daran liegt, daß diese, da sie das Rückgangsrecht an ihn haben, soweit als möglich zufrieden gestellt werden, also nicht die Zulassung eines Unberechtigten zur Schmälerung der Befriedigungsmittel gereicht. Es entwickelt sich ein certamen omnium contra singulos unter Vertretung der Masse oder der Gesammtheit der Gläubiger durch den Contradictor oder curator litis, wobei der intervenirende Beitritt einzelner Gläubiger nicht ausgeschlossen ist. Denn diese accessorische Intervention kann oft sehr ersprießlich seyn, wenn der Litiscurator, sey es aus Ungeschicklichkeit, anscheinender Parteilichkeit oder Mangel an Information sein contradictorisches Amt nicht gehörig verwaltet. Freilich wird man den Ungeschickten nicht wählen und den Parteiischen nicht beibehalten. Aber abgesehen davon, daß die Ungeschicklichkeit denn doch etwas relatives ist und die Parteilichkeit oft nur auf Verdacht beruhen kann, so läßt sich die Annahme eines Andern nicht immer so leicht ins Werk setzen. Man hat nicht immer die Auswahl unter mehreren. Auch ist oft nicht mehr res integra; es muß bei der getroffenen Wahl des Bewenden behalten, wenn nicht ein Aufenthalt verursacht werden soll.

Während, wie gedacht, bei dem Verfahren über die Liquidität die Gesammtheit der Gläubiger als beklagtische Partei erscheint, ist bei dem Prioritätsverfahren nur ein Theil der Gläubiger als solche anzusehen, nämlich diejenigen, deren Interesse mit dem Vorzugsrecht in feindselige Berührung kommt, welches von dem Liquidanten in Anspruch genommen wird, es sey durch das ausdrückliche Begehren der Location in eine gewisse Classe oder auch nur durch Ausführung des Prioritätsver-

hältnisses. Denn schon dadurch, oder auch wohl nur durch Bezeichnung der Eigenschaft der Forderungen (als Heirathsgut, Peculium rc.) ist das Vorzugsrecht zur richterlichen Zuerkennung beantragt. Hier ist die Vertheidigung gegen den Anspruch bloß Sache derer, die eine Verminderung ihres Antheils an der Masse zu fürchten haben, wenn sich der Liquidant mit ihnen auf gleiche Stufe des Ranges setzte c), oder wohl gar ein Vorrecht behaupten sollte. Die Gläubiger in ihrer Gesammtheit dagegen geht dieser Streit nichts an, auch den Gemeinschuldner nicht, folglich hat auch der Contradictor im Prioritätsstreit keine Funktion.

§. 159.

Bedenken bei der Behandlung des Prioritätspunkts aus vermeintem Mangel eines legitimen Contradictors.

Wenn gesagt worden, daß der Streit über die Richtigkeit der Forderungen die Gesammtheit der Gläubiger, dagegen der Streit über den Vorzug nur einen Theil derselben angehe, so ist dieß zwar allerdings die Regel, von welcher es aber auch Ausnahmen gibt. Es kann nämlich das Interesse des Widerspruchs gegen die Richtigkeit einer Forderung bald höher, bald niedriger stehen, bald kann es auch ganz gleichgültig seyn. Es kommt nämlich alles auf das Verhältniß des von dem Liquidanten angesprochenen Vorzugsrechts und auf

---

c) Es ist daher gar nicht richtig ausgedruckt, wenn Berger in Suppl. ad elect. disc. for. ad Tit. 41. p. 474. sagt: intentio debitoris est, ut creditor nihil consequatur; concreditorum, ne ille ipsos antecedat, ceteroquin parum sollicitos, utrum eidem deinceps quoque satisfiat, nec ne. — Den 15 oder 20 Gläubigern der letzten Classe liegt gar sehr daran, ob der 16te resp. 21te mit ihnen Theil an dem auf sie fallenden Rest nimmt oder nicht.

den prioritätischen Standpunkt der übrigen Gläubiger an. Hiernach richtet sich denn auch der Grademesser der contradictorischen Betheiligung. Den Hypotheken-gläubigern kann es wohl gleichgültig seyn, ob ein chiro-graphischer Gläubiger an dem, was sie übrig lassen, Theil nimmt, also ob dessen Forderung liquid ist oder nicht. Anders ist dieß, wenn die Gläubiger zu besorgen haben, daß ihnen der rücksichtlich der Liquidität etwa noch einer Contestation unterworfene Liquidant vorgehen möchte. Inzwischen geht freilich diese Betrachtung den Contradictor nichts an, der im Namen aller Gläubiger handelt, unbekümmert welchen, einzeln genommen, sei-ne Vertretung zu Statten kommt und nothwendig ist oder nicht. Die Bemerkung ist also eigentlich nur inso-ferne von praktischem Interesse als etwa der Concurs ohne einen Contradictor verhandelt wird, in welchem Falle man denjenigen Gläubigern, denen der Liquidant jeden Falls nachsteht, wenn sie die Richtigkeit seiner For-derung bestreiten wollten, billig den Einwand des man-gelnden Interesse machen könnte.

Was den Punkt der Priorität betrifft, so können dagegen ausnahmsweise, sey es auch nur in seltenen Fällen, alle Gläubiger betheiligt seyn, wenn Einer von ihnen eine solche Stelle verlangt, daß er allen vorginge, oder auch überhaupt alsdann, wenn rücksichtlich des Vorzugsrechts keiner der Gläubiger mit Zuverlässigkeit auf eine höhere Stelle im Locationserkenntniß als die der chirographarischen Gläubiger rechnen könnte. Hier hätten natürlich alle Gläubiger ein Interesse, dem der ein Vorzugsrecht behauptet, zu widersprechen und so selbst der Möglichkeit einer Prälocation eines ihrer Ge-nossen zu begegnen.

§. 160.

Fortsetzung.

Wenn ich hier die Sache nicht leichter nehme als sie ist, so scheinen mir manche Bedenken, die man sich rücksichtlich des Wesens und der eigentlichen Behandlung des Prioritätsstreits, eben wegen jener vermeinten Ungewißheit der Betheiligung, gemacht hat, minder erheblich. Denn der Zweifel, wer im Punkte der Priorität als legitimer Widersacher anzunehmen sey, kann doch wohl nur selten und ausnahmsweise rücksichtlich des größern Theils, zu geschweigen aller Liquidanten eintreten. Ich will nicht einmal annehmen, daß diejenigen Gläubiger, welche entschieden bloß Chirographarien sind, und die gar nicht daran denken, irgend ein Vorzugsrecht zu behaupten, der größte Theil der Gläubiger sind, wiewohl dieß bei vielen Concursen allerdings der Fall ist. Auch könnte auf der andern Seite wohl nur bei einer sehr unvollkommenen Partikular-Prioritätsordnung angenommen werden, daß gar kein Gläubiger mit Sicherheit seine Stelle behaupten könnte. Da wo Hypothekenbücher bestehen *d*) ist dieses ohnehin nicht der Fall; aber auch da, wo man keine Hypothekenbücher hat, kann doch ordentlicher Weise der Prioritätspunkt nur in Ansehung eines Theils der Gläubiger streitig seyn und die einan-

---

d) Es gehört dieß unter die großen Vorzüge einer soliden Hypotheken-Verfassung, daß ein großer Theil der Prioritätsstreitigkeiten wegfällt, die da eintreten, wo noch der alte Wirrwar von ausdrücklichen, stillschweigenden, öffentlichen und Privatpfandrechten qualificirten und einfachen Hypotheken und ihrer Bedeutung und Wirkung waltet. Wo ein Hypothekenbuch besteht, gibt es dießfalls gar kein certamen super prioritate mehr, weil das Hypothekenbuch die Stelle einer rechtskräftigen Location vertritt.

der gegenüberstehenden Parteien sind leicht zu erkennen: es sind diejenigen, die ein Vorzugsrecht verlangen, von der einen —, die chirographarischen Gläubiger aber von der andern Seite, und zu diesen letztern treten noch beziehungsweise andere Bevorrechtete, die mit den Prioritätsprätendenten collidiren. Hier ist also die Eigenschaft zweier streitenden Theile, folglich die Bedingung, ohne welche überhaupt kein Streit, mithin auch kein Prioritätsstreit Statt findet, von selbst gegeben. Es ist sonach zur Vorbeugung jeder Verwirrung gar nicht nöthig, einen Prioritäts-Contradictor oder sonst eine von den Maßregeln, wovon hernach die Rede seyn wird, anzuwenden, wodurch der Prioritätsstreit entweder ganz bei Seite gesetzt, oder deßhalb ein besonderer Prozeß, wohl gar nach schon ausgesprochenem Locationsurtheil, zugelassen wird. Das Concursgericht darf nur Sorge tragen, daß sich die respektiven Litisconsortien, bestehend aus den unstreitig Bevorrechteten, deren Interesse möglicherweise in Collision kommt, und den ausgemacht Nichtbevorrechteten, gegen A, dann gegen B 2c. als Prioritäts-Ansprecher, gehörig formiren, deren Forderung rücksichtlich ihres Vorzugsrechs zweifelhaft erscheint. Dieß findet natürlich erst dann Statt, wenn der Liquidationstermin abgehalten ist, alle Forderungen also nach ihrer Eigenschaft bekannt sind und die Verhältnisse der Einzelnen gegen einander übersehen werden können. Wie hierbei zu verfahren, davon wird im VIII. Kapitel die Rede seyn. Einen Prioritätscontradictor wie Claproth *e)* vorschlägt, aufzustellen, und zwar von Amtswegen, mithin das zur Instruktion des Concursprozesses nothwendige Personal noch weiter zu vermehren, dessen Verminderung vielmehr, soviel irgend möglich ist, die Klugheit anräth, kann man wohl so wenig für sachgemäß erachten, als darin eine Forderung der Nothwendigkeit erkennen.

---

e) Summar. Prozesse §. 355.

§. 161.

Verfahren bei der Liquidation I. nach gemeinem Rechte.

In dem anberaumten Liquidationstermin erscheinen die Gläubiger entweder in Person oder durch einen Bevollmächtigten; doch haben gemeinrechtlich auch schriftliche Meldungen die Präclusion nicht zur Folge, vielmehr wird eine unvollständige schriftliche Liquidation vom Richter mittelst einer Resolution zur Verbesserung zurückgegeben, auch wohl diese, wenn sich die Nothwendigkeit erst bei der Erlassung des Erkenntnisses zeigt, dem Liquidanten im Locations-Erkenntniß auferlegt, und zwar hier wie dort, nunmehr bei Strafe der Präclusion; auch fallen dem Liquidanten die dadurch verursachten Kosten zur Last *f*).

Zur Liquidation gehört auch, daß der Liquidant den Beweis, sofern er in Urkunden besteht, sofort antritt, indem er die über seine Forderung und deren Vorzugsrecht sprechenden Dokumente urschriftlich vorlegt und beglaubte oder durch den Richter noch zu beglaubigende Abschriften zu den Akten gibt. Denn was das Vorzugsrecht betrifft, so hat zwar der Richter diesen Punkt als zur quaestio juris gehörig, von Amtswegen zu berücksichtigen; allein wenn die das Vorzugsrecht begründenden factischen Verhältnisse nicht ordnungsmäßig zu den Akten gebracht (allegirt) und erwiesen sind, so kann der Richter, weil er keine Thatsache suppliren und jeden Streit nur nach den in den Akten liegenden Daten entscheiden kann, auf das was ihm nicht vorgelegt worden, keine Rücksicht nehmen. Braucht daher gleich der liquidirende Gläubiger nicht bestimmt die Classe zu beantragen, in die er vorzüglich locirt werden will (die preuß.

---

f) (v. Trützschler) von der Präclusion (1. Ausg.) S. 77. §. 30.

Gerichtsordn. verpflichtet den Liquidanten hiezu) g): so muß er doch die thatsächlichen Verhältnisse angeben, durch welche nach seinem Dafürhalten sein vorzügliches Locationsrecht begründet ist, damit vor allen die Gläubiger über die Richtigkeit dieser Thatsachen vernommen werden können.

Jede Liquidation muß im Allgemeinen die Erfordernisse einer Klage haben. Es muß also die Thatsache, worauf sich die angebrachte und nach ihren Haupt- und Nebenpunkten mit Angabe des Rechtsgrundes richtig ausgedruckte Forderung (debitum professum) gründet, angegeben werden. Wird für die Forderung ein Vorzugsrecht angesprochen, so müssen, wie gedacht, die Umstände zur Begründung desselben angeführt werden. Was etwa zum Beweise der Sachlegitimation erforderlich ist, ist ebenfalls beizubringen, und endlich die Liquidation mit einem rechtsfolgerichtigen Antrag auf Location zu schliessen. Doch liegt dieser Antrag hier schon stillschweigend in dem Erscheinen und Anbringen der Forderung, ohne daß es gerade auf ein zierliches Petitum ankommt, wie bei andern Klagen. Auch schon rechtskräftig entschiedene Forderungen, wegen welcher das Erkenntniß noch nicht vollstreckt, der Gläubiger also noch nicht befriedigt ist, machen einen Gegenstand der Liquidation aus, welche durch Vorlegung des Judicatums begründet wird. Die Verhandlung darüber kann dann freilich nur die Priorität zum Gegenstande haben *h*), wenn schon natürlich auch andere Einreden, die gegen eine rechtskräftige Entscheidung überhaupt Statt finden, und etwa dem Schuldner zugestanden wären, deren Geltendmachung also nun-

---

g) Thl I. Tit. 50. §. 121.

h) Linde Lehrb. des Civilproz. §. 398.

mehr Sache der Mitgläubiger ist, nicht ausgeschlossen sind.

§. 162.

Die Art des Erscheinens der Liquidanten.

Daß der Liquidant persönlich oder durch einen Bevollmächtigten erscheine (nach der bayerischen Rechtsgeschäftssprache "Präsenz mache") ist nach gemeinem Rechte kein nothwendiges Erforderniß, vielmehr wird, wie vorhin gedacht, auch eine schriftliche Liquidation als genügend angenommen, sofern diese nur vollständig ist; wenn es aber auch daran fehlt, so ordnet dennoch das Gericht nach den Grundsätzen von der Klagverbesserung, selbst noch im Locationsurtheil *i*), die Verbesserung an, und erst, wenn diese nicht erfolgt, trift den Liquidanten der Nachtheil der Präclusion. Selbst wenn durch einen Dritten ohne Auftrag statt des Gläubigers die Liquidation besorgt wird, wird dafür angenommen, daß der Ladung genügt worden und ein negotiorum gestor gilt also hier soviel als ein gehörig Bevollmächtigter *k*).

Nach Partikulargesetzen *l*) nimmt man es dießfalls strenger und dieß mit Recht, da rücksichtlich des Erscheinens der Liquidanten und der Annahme der contumacia das gemeine Recht (oder was man dafür gelten läßt, — oft bloß ein schwankender Gerichtsgebrauch und die Meinungen einiger Rechtslehrer) hier mit seiner zu weit getriebenen Indulgenz willkührlichen Verschleppungen den Weg bahnt. Nach den bemerkten Partikularrechten muß im

---

i) (v. Trützschler) S. 76. fg. §. 28—30.

k) ibid. §. 29.

l) Namentlich nach der preuß. A. G. O. l. c. §. 122. und nach dem bayer. Judiciarcodex Cap. 19. §. 5.

im Liquidationstermin der Liquidant schlechterdings entweder persönlich oder durch einen Bevollmächtigten erscheinen, und als solcher wird gewöhnlich nur ein öffentlicher Rechtsanwalt zugelassen. Man gestattet zwar jedem Gläubiger, eine mit den gehörigen Erfordernissen versehene Anmeldung seines Anspruchs vor oder in dem Liquidationstermin einzureichen; er muß aber nichts desto weniger im Termin persönlich oder durch einen Bevollmächtigten erscheinen, wobei er sich dann auf seine schriftliche Liquidation beziehen kann.

So sehr indessen diese Strenge im Allgemeinen zu billigen ist, so gehört es doch mit zu den Mitteln, die Concursübel zu vermindern, daß man den Parteien die Verfolgung ihres Rechts erleichtert, theils an sich, theils in sofern daß man sie nicht nöthigt, auch wegen einer vielleicht geringfügigen Forderung sich der Hülfe eines Sachwalters zu bedienen. Wo es also nur irgend unbeschadet des regelmäßigen Ganges des Verfahrens thunlich ist, sollte eine schriftliche Liquidation nicht erschwert werden *m*). Es kann dadurch das Verfahren bei der Liquidation zum Protokoll vereinfacht werden. Denn ein anderes ist eine einfache schriftliche Liquidation, — als worauf man nur strenge halten darf, — ein anderes ein weitschweifiger Replik-Rezeß, dessen Abkürzung sich vom Richter nicht gut gebieten läßt; dann können aber auch dadurch den Liquidanten oft unnöthige Kosten erspart werden. Es ist in der That hart, wenn man einem Gläubiger zumuthet, wegen einer vielleicht unbeträchtlichen Forderung die damit oft nicht in Verhältniß stehenden Kosten einer Reise zum entfernten Gerichtssitze oder der Aufstellung eines Advokaten auf sich zu neh-

m) Dafür ist auch des k. Würtemberg. Organis. Edikt vom 31. Dec. 1818. §. 166. a. E.

men, die ihm niemals wieder erstattet werden, oder — seine Forderung fallen zu lassen. Ich würde aber hiebei immer voraussetzen, daß die schriftliche Liquidation überhaupt in keinem Punkte mangelhaft oder einem Zweifel unterworfen ist; sowie sich von selbst versteht, daß der Liquidant, wenn er nicht selbst die Befugniß *n)* oder Fähigkeit der eigenen schriftlichen Prozeßführung besitzt, seinen Liquidations-Rezeß durch einen öffentlichen Rechtsanwalt legalisiren oder auch fertigen lassen muß. Ist die schriftliche Liquidation mangelhaft, so kann der Gläubiger nicht verlangen, daß ihm dieselbe zur Verbesserung zurückgegeben und dadurch Aufenthalt verursacht werde. Es trifft ihn vielmehr die Strafe der Präclusion, und es bleibt ihm nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachzusuchen vorbehalten, zu welchem Ende ihm der unvollständige Rezeß mittelst kurzer Bemerkung der Ursache der Nichtannahme brevi manu zurückzugeben wäre.

Es kann zwar auch die Gegenwart des Gläubigers im Liquidationstermin theils zum Zwecke des zu versuchenden Vergleichs, theils zur Berathung und Beschlußfassung der Gläubiger, sowohl rücksichtlich der Aktivmasse als rücksichtlich des Liquidationsprozeßverfahrens nützlich seyn; aber zunächst doch nur mehr ihm selbst. Zum Vergleiche kann niemand gezwungen werden und eben sowenig dazu, guten Rath und Vorschläge abzugeben; das Geschäft mit den erschienenen Gläubigern wird im übrigen dadurch nicht verhindert, weil der gehörig Vorgeladene und Nichterscheinende als zustimmend zu den Beschlüssen der Erschienenen angenommen wird.

---

n) in Bayern also, wenn er nicht die Rechte der Siegelmäßigkeit hat.

§. 163.
Von der Präclusion *o*).
I. wen sie trifft.

Die Lehre von der Präclusion macht in dem Concursprozeß einen wesentlichen Theil der Rücksichten aus, wenn es sich um regelmäßigen Gang und Beschleunigung des Verfahrens handelt. Citation und Präclusion sind die beiden Schlußsteine, worauf die Haltbarkeit des ganzen Gebäudes beruht. Hier, wo es vielleicht mehr als in irgend einem andern Theile des bürgerlichen Rechtsverfahrens auf ein festes, über alle Willkühr und über jeden Zweifel erhabenes Contumacialsystem ankommt, hat man besonders vor den Nachtheilen einer zu nachsichtigen Gesetzgebung, von welchen vorhin §. 134. die Rede war, auf seiner Hut zu seyn, indeß kaum eine von den Besorgnissen einer zu großen Strenge eintritt.

Man macht gemeinrechtlich einen Unterschied zwischen der eigentlichen und uneigentlichen Präclusion *p*). Erstere tritt ein, wenn der besonders oder edictaliter vorgeladene Gläubiger, ohne Gründe zur Verweigerung der Einlassung in den Concurs zu haben, sich gar nicht meldet; letztere oder die uneigentliche trifft denjenigen, der sich zwar im Liquidationstermine gemeldet, jedoch im Laufe des Prozesses eines Versäumnisses bei Geltendmachung seines Rechts schuldig gemacht hat. Die Präclusion trifft daher jeden, der schuldig ist, zu liquidiren und a) solches unterlassen oder b) im Laufe des Verfahrens ein Versäumniß zu Schulden gebracht hat, welches die Geltendmachung des Rechts verhindert. Es mag da-

---

o) (v. Trützschler) in dem mehr allegirten Werk, welches hier nach der ersten Ausgabe (Leipzig 1781.) citirt wird.

p) (v. Trützschler) S. 6. 8. 57. 125.

her die Forderung eines Gläubigers in einem persönlichen oder dinglichen Recht ihren Grund haben, sie mag bedingt oder unbedingt, schon fällig oder nicht fällig, schon mittelst einer Klage verfolgt seyn oder nicht; so muß der Inhaber eines solchen Rechts, sofern er aus der Concursmasse seine Befriedigung sucht, auf die ergangene Vorladung sich gebührend melden und das weiter Rechtserforderliche zur Begründung seines widersprochenen Rechts beobachten.

§. 164.

II. Eximirte.

Der Präclusion nicht unterworfen sind diejenigen, die nicht schuldig sind zu liquidiren; nicht schuldig zu liquidiren aber sind, die auf das den Gläubigern abgetretene gemeinschuldnerische Vermögen keine Forderung an den Cridar geltend machen wollen.

Mit dieser alle Fälle erschöpfenden Regel könnte man ohne Exemplifikation sich begnügen. Indessen müssen einiger Erläuterungen und Modifikationen wegen die darunter zu subsumirenden Fälle näher angegeben werden. Eximirt sind nämlich

1) diejenigen, welche bloß ein Dienstbarkeitsrecht auf ein zur Concursmasse gehöriges Grundstück fordern, sofern sie dießfalls keinen Rückstand aus der Masse verlangen *q*). Daher ist die Zehentpflichtigkeit, die Handlohnbarkeit eines Grundstücks rc. kein Gegenstand nothwendiger Liquidation von Seiten des Berechtigten, wohl

---

q) Schweppe a. a. O. §. 116.

aber der verfallene und unberichtigt gebliebene Zehnten, das rückständige Laudemium.

2) die Vindicanten; denn diese brauchen sich nicht in den Concurs einzulassen. Sie müssen indessen gleichwohl nicht nur dann, wenn sie ausser der vindicirten Sache noch besondere Ansprüche auf Ersatz von Früchten, Schäden ꝛc. formiren, sondern auch zur Geltendmachung ihres Absonderungsrechts selbst sich melden. Denn dazu verpflichtet sie die auch an sie gerichtete provocatio ad agendum (vergl. §. 156. IV.). Wird ihr Recht sofort anerkannt, so hat die Absonderung weiter kein Bedenken; ausserdem müssen sie dasselbe allerdings gegen den Besitzer, welcher statt des Gemeinschuldners nun der Güterpfleger Namens des Corps der Gläubiger ist, im Concursforum verfolgen, und rechtliche Entscheidung erwarten, die im Locations-Erkenntniß zugleich mit erfolgt *r*). Unterlassen sie dieses, so trifft sie die Präclusion, und ihrer in der Folge etwa angestellt werdenden Vindicationsklage gegen den, der die Sache aus der Concursmasse an sich gebracht hat, steht der Einwand der rechtskräftigen Entscheidung entgegen *s*).

---

r) In diesem Urtheile wird ihrer, ehe die Classification der Gläubiger geschieht, also gedacht: "werden vor allen der "Ehefrau ihre Kleider, Kleinodien und was zu ihrem "Leibe gehört, auch alle ihre zugebrachte und eigenthüm- "liche Güter, so noch in natura in der Masse vorhanden, "von ihres Mannes Vermögen abgesondert, und ihr jure "separationis ordinario ausgefolgt und zugestellt. — Fer- "ner sind des Schuldners Kindern mütterliche, noch vor- "handene, ihnen eigenthümlich zustehende Habe und Gü- "ter von gemeiner Masse abzusondern." ꝛc. Gmelin's Ordn. der Gläubiger (IV. Ausg.) Kap. 1. §. 17.

s) Vergl. hier, jedoch in unvollständiger Entwickelung Ley-

Ferner sind ausgenommen

3) diejenigen, welche einen höchst persönlichen Anspruch an den Gemeinschuldner haben und deßfalls nichts aus der Masse verlangen (§. 156.). Endlich

4) die Gläubiger der Masse *t*) eben wegen ihres eigenthümlichen Verhältnisses, welches ihnen ein Forderungsrecht, nicht an den Schuldner, sondern an die Gesammtheit der Gläubiger gibt, wobei sich überdieß keine Insolvenz, folglich auch keine Collision mit Andern denken läßt.

Dieß wären also die mit Grund als solche anzunehmenden Eximirten. Allein die vermeinte Billigkeit hat es nicht dabei bewenden lassen, vielmehr hat man dem leitenden Grundsatze, wornach nur derjenige nicht zu erscheinen braucht, der kein Recht als Gläubiger des Gemeinschuldners an die Masse geltend zu machen hat oder keines geltend machen will, eine Ausdehnung gegeben, und hat nebenbei auch das Bekanntseyn bei Gericht als entscheidenden Umstand angenommen, und so die Fälle 5 und 6 hinzugethan. Dabei hat man aber nur die wesentliche Betrachtung übersehen, ob auch der Gläubiger sein Recht geltend machen will, der Richter also nicht in die Lage kommen kann, ungebeten sein Amt zu verwalten. Man hat nämlich ferner eximirt:

5) diejenigen, die dem Gerichte schon bekannt sind, namentlich welche ihre Forderungen bereits vor eröffnetem Concurse gerichtlich verfolgt haben, soferne nur ihre Absicht der Theilnahme an dem Concurse unzweifelhaft

---

ser Spec. 479. m. 2. Gmelin a. a. O. (v. Trützschler) a. a. O. S. 41. §. 30. S. 57. §. 8.

t) A. M. ist Schweppe §. 116.

sey; (aber wie erfährt man dieß anders mit Zuverlässigkeit als eben durch das Erscheinen derselben?) und aus dem nämlichen Grunde des Bekanntseyns

6) die Hypothekarien, die ein von dem Concursrichter constituirtes Hypothekrecht haben *u*). Endlich hat man auch

7) den Faustpfandgläubigern dieses Exemtionsrecht zugestanden *v*). Allein nach der richtigen Theorie vom Concursprozesse lassen sich die unter Nummer 5, 6, 7 bemerkten Ausnahmen nicht rechtfertigen und die Zulassung derselben würde auch häufig zu Verzögerungen, unnöthigen Rücksprachen und Verwirrungen führen. Die Pfandgläubiger insonderheit müssen ihre Pfänder zur Masse abliefern, indem das Prinzip der Universalität des Concurses jede Isolirung bei der Geltendmachung der Forderungsrechte unbedingt verbietet, folglich nach eröffnetem Concurse ein Retentionsrecht der Pfandgläubiger nicht weiter Statt finden darf. Dieß ist um so unbedenklicher, da durch die Einziehung des Pfandes zur Masse die Retention zum Zwecke der sichern Befriedigung des Pfandgläubigers nun von dem Richter realisirt wird, der auch diesen Gegenstand in Beschlag nimmt und damit die Verbindlichkeit der gesetzmäßigen Verwendung contrahirt.

§. 165.

III. Bedingungen der Erkennung der Präclusion.

Zur Begründung des Antrags des Contradictors auf Präclusion müssen, was schon mit Eintritt des Termins zu beobachten ist, die Bescheinigungen der Vorladungen

---

u) (v. Trützschler) S. 41.

v) Ebendas. S. 45.

zu den Akten gebracht seyn, nämlich die Empfangsscheine von den besonders vorgeladenen Gläubigern und rücksichtlich der unbekannten daher edictaliter vorgeladenen die attestirten öffentlichen Anschläge, sowie die Exemplare der Intelligenz- und Zeitungsblätter, wo die Insertion der Edictalladung geschehen ist. Sind diese Förmlichkeiten der Citation gehörig beobachtet, so ist das Präjudiz verwirkt, und es bedarf des richterlichen Erkenntnisses darüber nur als unzweideutiger Erklärung des verwirkten Nachtheils *w*). Rücksichtlich dieses Ausspruchs kommt es darauf an, ob der instruirende Richter für sich (als Einzelrichter) mit der Gerichtsbarkeit zur Entscheidung streitiger Fälle bekleidet ist, oder ob der Concurs vor einem Gericht mit collegialer Verfassung verhandelt wird. Ist ersteres der Fall, so ist noch am nämlichen Tage in Gegenwart der Gläubiger der Präclusionsbescheid zum Protokoll auszusprechen und zu verkündigen. Den Präcludirten, welche namentlich vorgeladen worden und deren daher auch namentlich Erwähnung zu thun, wird durch Abschrift des Bescheids davon Kenntniß gegeben, im übrigen aber derselbe durch öffentlichen Anschlag und einmalige Einrückung in diejenigen öffentlichen Blätter, welchen die Edictalvorladung eingerückt worden, zu der etwa Betheiligten Kenntniß gebracht. Ist aber der Instruent Abgeordneter eines Collegial-Gerichtes und kann er mithin nicht selbst den Ausspruch fällen, so hat er das Geeignete zur ungesäumten Erlassung des Präclusionsbescheids im gerichtsverfassungsmäßigen Wege zu veranlassen. Die Verkündigung erfolgt alsdann wie vorhin bemerkt rücksichtlich der präcludirten Gläubiger; die übrigen brauchen darum nicht besonders vorgeladen zu werden, sondern es genügt, wenn die Publikation auch

---

w) Kind quaest. for. IV. c. 44. (ed. II.)

nur an den Contradictor und etwa die im Orte gegenwärtigen Gläubiger geschieht.

Alle weitere Verhandlungen im Concurse erlangen erst ihre feste Grundlage und Haltung, wenn das Präclusionserkenntniß ausgesprochen ist, und es ist daher nicht zu billigen, dieß bis zur Erlassung des Classificationsurtheils zu verschieben. Denn da der präcludirte Gläubiger gewöhnlich erst durch die Verkündigung des Ausschließungs-Erkenntnisses Veranlassung erhält, von ordentlichen oder ausserordentlichen Rechtsmitteln zur Abwendung der Folgen des ihm früher vielleicht gar nicht bekannt gewordenen Versäumnisses Gebrauch zu machen; so ist es schon um deßwillen rathsam, diese Veranlassung bald möglichst herbeizuführen und nicht damit zu warten, bis das Concursverfahren rücksichtlich der Herstellung der Passivmasse durch das Classifications-Erkenntniß wenigstens in erster Instanz beendigt ist.

§. 166.

IV. Wirkungen der Präclusion.

Was die Wirkungen der Präclusion anlangt, so ist zuvörderst zwischen der eigentlichen und uneigentlichen (§. 163.) zu unterscheiden. Bei jener ist der ausgeschlossene Gläubiger nur des Theilnahmsrechts an der Concursmasse verlustig, so weit nicht nach Befriedigung aller Gläubiger ein Ueberschuß bleibt, der ohnehin dem Gemeinschuldner zufiele, an dem ihm sein Recht vorbehalten bleibt. Nur ist hiebei die Einschränkung zu bemerken x), daß der Präcludirte gegen die ihm verhafteten Pfänder und Bürgen wegen der durch seine Schuld un-

x) Schweppe Concurs §. 117.
Weber von der nat. Verbindlichkeit §. 109.

möglichen Cession der Klage seine Ansprüche ebenfalls verliert; den Fall abgerechnet, wenn von Seiten des Beklagten auf die Cession Verzicht geleistet war, oder wenn der Gläubiger zeigen kann, daß die Anmeldung im Concurse ohne Nutzen gewesen seyn würde. — Die uneigentliche Präclusion hat dagegen den Verlust der ganzen Forderung und das ewige Stillschweigen zur Folge. Denn wenn der Liquidant z. B. wegen versäumter Beweisführung präcludirt worden, so hat er den Prozeß für immer verloren und der später angegriffene Schuldner kann ihm unbedenklich die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung entgegen setzen.

§. 167.

V. Mittel gegen die Folgen der Präclusion y).

Dem Präcludirten bleibt zur Abwendung des für ihn entstehenden Rechtsnachtheils nur die Zuflucht zu Rechtsmitteln offen, welche theils das ordentliche Rechtsmittel der Berufung, theils ausserordentliche seyn können. Das erstere, welches etwa in Verbindung mit einem eventuellen Restitutionsgesuche (sofern der Appellant zweifelt, die Rechtmäßigkeit der Sentenz anfechten zu können) eingewendet werden kann, setzt voraus, daß das Präclusionserkenntniß noch nicht rechtskräftig ist. Ist dieß der Fall, so ist nur von dem ausserordentlichen Rechtsmittel der Nichtigkeitsklage, soweit diese contra rem judicatam Statt findet oder von dem gewöhnlichern Mittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, noch Gebrauch zu machen. — Gegner bei diesen Rechtsmitteln ist der Contradictor und sofern als der Restitutionssucher besonders das Versäumniß an der Geltendmachung einer vorzüglichen Stelle wieder gut zu

---

y) (v. Trützschler) a. a. O. II. Abschn. 3. Abtheil.

machen sucht, zugleich alle diejenigen, mit denen er dießfalls in Collision kommt.

Die Wiedereinsetzung in d. v. St., welche sowohl aus den im Gesetz bestimmten *z*) Ursachen (minor aetas, absentia etc.) als überhaupt (ex clausula gen.) angedeihen kann, so oft der darum rechtzeitig Nachsuchende das Daseyn eines unverschuldeten Versäumnisses darzuthun im Stande ist, hat rücksichtlich des Verfahrens eben so wenig, als rücksichtlich der Statthaftigkeit im Concurse etwas besonderes, wohl aber, wie sogleich bemerkt werden wird, rücksichtlich der Wirkung. Sie wird von dem Richter causa cognita, oder allenfalls, wenn der Restitutionsgrund sofort liquid erscheint, auch brevi manu ertheilt, zumal wenn die Sache leicht wieder in den vorigen Stand zu versetzen ist, das Nachsuchen also gleich nach abgelaufenem Liquidations- oder sonstigem Präjudicial-Termin erfolgt, ehe das Verfahren weiter vorgerückt ist, oder auch die Beschlüsse der Betheiligten schon wesentliche Veränderungen im Stande der Sache z. B. durch einen getroffenen Vergleich, hervorgebracht haben. Die Wiedereinsetzung gegen den Ablauf des peremtorischen Termins muß auch hier in der zum Handeln früher bestimmten Frist nachgesucht werden *a*). Auf jeden Fall findet sowohl dieses als das Rechtsmittel der Nullitätsklage nur so lange mit Wirkung bezüglich auf die Masse und die daraus befriedigten Gläubiger Statt, als dieselbe noch nicht wirklich vertheilt ist *b*), unbeschadet des im

z) Mackeldey Lehrb. des heutigen R. R. §. 748. ff.

a) Hofmanns d. R. Pr. I. §. 887.

b) Leyser Spec. 490. n. 2. was auch nach der bayer. Conc. Ordn. (Judiciar-Codex c. 19. §. 16.) u. nach der preuß. G. O. I. 50. §. 167. — hier sogar mit Beschränkung auf

Wege des Regresses gegen den Richter oder wen sonst immer von dem Beschädigten zu verfolgenden Schadensersatzes.

§. 168.

Antwort auf die Liquidation und weiteres Verfahren.

Sollte der Concurs sehr einfach seyn, also nur aus wenigen Forderungen bestehen, deren Eigenschaft in quanto et quali nicht kritisch ist, auch sonst Zeit und Gelegenheit, namentlich die gehörige Information des Contradictors dieses gestatten, so kann gleich nach aufgenommener Liquidation der Contradictor sich excipiendo vernehmen lassen; wiewohl es bei einem so einfachen Concurse wohl nicht zur Aufstellung eines Contradictors kommen wird. Ausserdem und gewöhnlich erfolgt die Antwort des Contradictors in einem besondern Termin, von dessen Ansetzung man allenfalls nur dann Umgang nehmen wird, wenn die Gläubiger etwa auf ein einfacheres Verfahren sich vereinigen, was denn, sofern sonst keine Verwirrung zu besorgen ist, von richterlichen Amtswegen nicht nur zuzulassen, sondern sogar nach allen Kräften zu unterstützen ist. Ausser diesen Fällen, wo die verschiedenen Stadien des Verfahrens unschädlich, ja zweckmäßig näher zusammengerückt werden können, bleibt es wie gedacht bei der Regel der Abhaltung eines eigenen Exceptionstermins. Ueberhaupt liegt die Bedingung der Förderung eines Concursprozesses nicht gerade immer in der Beschleunigung der Handlungen, was leicht eine

---

die noch nicht erfolgte Rechtskraft des Classifications-Urtheils — angenommen ist.

Vergl. dagegen Strube in den rechtl. Bed. I. 68.

Walch in contr. jur. civ. (ed. III.) in fine.

(v. Trützschler) l. c. S. 119. §. 25.

schädliche Uebereilung zur Folge haben kann, sondern vielmehr in der besonnenen, regelmäßigen und taktfesten Behandlung, die sich von unzeitiger Eilfertigkeit und schädlicher Verschleppung, von tumultuarischer Procedur und zweckloser Formelkrämerei gleichweit entfernt hält.

Die Abhaltung des Exceptionstermins erfolgt in Beiseyn des Contradictors, wie sich von selbst versteht, dann des hiebei, wenn er anders gegenwärtig ist, zuzuziehenden Gemeinschuldners und endlich derjenigen Gläubiger, oder deren Vertreter, welche etwa dabei zugegen seyn wollen. In letzterer Beziehung wird der Richter wohl thun, wenn er wenigstens diejenigen Gläubiger, von welchen er eine besondere Kenntniß der Schuldverhältnisse erwarten darf, die auch etwa in dem bisherigen Verfahren ein besonderes Interesse an der Verhandlung geäussert haben, erinnert, bei der Exceptionshandlung gegenwärtig zu seyn. Bei den meisten Liquidanten wird es auch keines vielen Zuredens bedürfen, da jedem daran liegt, bald zu erfahren, ob seine Forderung anerkannt oder ob und welche Erinnerungen dagegen gemacht worden sind. Ueberhaupt ist es gut, wenn bei jedem Hauptabschnitte des Verfahrens alle Betheiligte gegenwärtig sind, um rücksichtlich der fernern Behandlung und selbst baldigen Beendigung der Sache Verabredung und Unterhandlung pflegen zu können.

§. 169.

Fortsetzung.

Zu den Einreden des Contradictors, oder wenn ein solcher nicht aufgestellt ist, des Gemeinschuldners und der dießfalls intervenirenden Gläubiger gehören alle sowohl dilatorische als peremtorische Exceptionen, die sonst einer klagsweise angebrachten Forderung entgegen gesetzt werden können, mit dem in der Natur der Sache und dem

Wesen des Concursprozesses liegenden Unterschied: jedoch, daß keine verzögerliche Einreden zugelassen werden, welche mit der dem Gläubiger zur Verbindlichkeit gemachten unverzüglichen Geltendmachung seines Rechts nicht vereinbarlich wären. Am meisten praktisch ist die Einrede der mangelnden Legitimation. Uebrigens finden hier so viele einzelne Rechtsstreitigkeiten Statt, als Forderungen angebracht worden *c*).

Werden gegen die Richtigkeit der Forderungen keine Einwendungen gemacht, und bringt auch keiner der Mitgläubiger rücksichtlich der verlangten Priorität oder höhern Stelle als unter den Gläubigern der fünften Classe *d*) eine Einrede vor; so ist das Verfahren mit diesem Liquidanten geschlossen. Ausserdem wird nach den Regeln des bestimmten summarischen Prozesses mit anticipirtem Beweise ordentlicher Weise zu Protokoll verfahren, ohne daß jedoch Schriftsätze, insbesondere s. g. schriftliche statt mündlicher Rezesse ausgeschlossen sind. Ist das Verfahren geschlossen, in welchem alle Einreden, wenn sie auch sonst wegen ihrer nothwendigen weitläufigern Erörterung zum besondern Prozesse zu verweisen wären, zuläßig sind, (wie denn überhaupt hier das ganze Rechtsverhältniß zwischen den Gläubigern und Schuldner gänzlich und definitiv berichtigt werden muß) so erfolgt das richterliche Erkenntniß sowohl über die Liquidität als über die Priorität und zwar in der Regel definitiv oder doch mit eventueller Location unter der

---

c) v. Grolmans Theorie des ger. Verf. §. 259.

d) Dieß möchte wenigstens die Regel seyn, da der Fall, daß eine Forderung post omnes kommt, zu den Ausnahmen gehört, und wo er eintritt, die etwa verlangte Location in der V. Classe eben auch das Begehren eines Vorzugsrechts enthalten würde.

Bedingung der etwa noch beizubringenden Beweise e). Durch dieses, sämmtliche Liquidationsprosse zum Gegenstande der Entscheidung unter einem zusammenfassende Urtheil wird nach ausgesprochener Präclusion, dann Entscheidung über den Separationspunkt (§. 164. 2.), wenn dieß nicht schon früher geschehen, festgesetzt, zu welchem Betrag an Kapital und Zinsen, dann in welcher Ordnung jeder liquidirende Gläubiger seine Befriedigung zu suchen habe.

Gegen das Classifications- (Locations- Prioritäts-) Urtheil, findet sowohl von Seiten des Liquidanten als des Contradictors, soweit die Beschwerde die Richtigkeit der Forderungen angeht, als von den Mitgläubigern rücksichtlich der Priorität die Appellation so wie nach Umständen ausserordentliche Rechtsmittel Statt (§. 167.). Wenn auch der Contradictor allein die Appellation ergreift, so können doch die als Appellanten betheiligten Gläubiger dabei intervenirend mithandeln oder wenn jener die Berufung unterläßt, selbst davon Gebrauch machen.

§. 170.

II. Partikularrechtliche Abweichungen.

Das bisher (§. 161 ff.) Angegebene kann man als die Grundzüge des gemeinen deutschen Concursprozesses annehmen. Was dagegen die Einzelheiten des Verfahrens betrifft, so zeigen sich deßfalls nach den Prozeßordnungen und Gerichtsgebräuchen einzelner Länder merkliche Verschiedenheiten, und dieß gerade in dem wesentlichsten Bestandtheile des Verfahrens, nämlich was die Feststellung der Richtigkeit und der Folgeordnung der

---

e) Martins Lehrbuch §. 322.

einzelnen Forderungen betrifft. Diese Verschiedenheit der Behandlung des Liquiditäts- und Prioritäts-Punkts hat ihren Grund eben sowohl darin, daß jene Länder ihre eigenen Concursordnungen haben, als darin, daß sie keine haben. Es gibt nämlich zum Theil beträchtliche Staaten Deutschlands, wie Würtemberg, Hannover, Kurhessen, Mecklenburg, wo die Stelle einer Concursordnung bloß der Gerichtsgebrauch und einzelne Verordnungen vertreten *f*). Nach diesen verschiedenen Ordnungen des Verfahrens, ja wohl nicht selten sogar nach der Praxis einzelner Gerichte, wird der Streit über die Richtigkeit der Forderungen und über deren Vorzug bald in Verbindung, bald abgesondert verhandelt, bald ist die Frage über die Priorität lediglich ein, der richterlichen Beurtheilung überlassener Punkt. Da wo beide Punkte vereinigt zur Erörterung kommen, werden sie nach abgehaltenem Liquidationstermin entweder in Generalprotokollen, wozu dann die etwa einkommenden schriftlichen Rezesse als Beilagen adregistrirt werden, oder in Spezialakten verhandelt. Rücksichtlich der Liquidität vertritt zwar der Contradictor und rücksichtlich des angesprochenen Vorzugsrechts vertreten die Gläubiger die Stelle der Beklagten. Indessen geschieht es doch auch wohl, daß der Contradictor die Rolle des Vertheidigers auch gegen das verlangte Vorzugsrecht übernimmt *g*), was er aber natürlich dann nicht in der Eigenschaft als Contradictor, sondern kraft des besonders erhaltenen Auftrags der Betheiligten thut. Bald wird der Punkt der Priorität im Liquidationsverfahren nur nebenbei berührt, oder gar nicht zur Sprache, wenigstens nicht zur rechtlichen Erörterung gebracht, vielmehr der Ausspruch der

---

f) Mittermaier Prozeßvergleichungs-Beiträge III. S. 179.

g) Schweppe Syst. d. Conc. §. 135.

der Classificationsordnung dem Richter im Locationsurtheil überlassen, vorbehältlich weiterer Ausführung in einem besondern Verfahren, wobei die sich verkürzt erachtenden Gläubiger gegen die, zu ihrer vermeinten Beschwerde vor- oder gleichlocirten ihre Rechte als Kläger deduciren. Dieß geschieht bei dem Obertribunal zu Celle und bei andern Landesgerichten im Hannöverischen, wo denn dem Locationsurtheil folgender Anhang beigefügt wird: "Uebrigens wird einem jeden der vorbenannten Gläubiger, welche einen vorzüglichern Platz behaupten zu können vermeinen, eine sechswöchentliche Präjudicialfrist gesetzt, um ihre Rechte respectu prioritatis allhier gehörig an- und auszuführen, worauf alsdann dem Befinden nach ferner ergehet w. R." — Dieser Vorbehalt ist allerdings nothwendig, weil über den Punkt des Vorzugs noch nicht verhandelt worden und die sich verkürzt erachtenden Gläubiger, wenn ihnen auch das Rechtsmittel der Berufung vorbehalten würde, doch um die Wohlthat einer Instanz kämen *h*).

Auch in Hessen soll nach der Liquidation der Richter einen Entwurf machen, worin er alle Gläubiger classifizirt. Dieser Entwurf wird dann angeheftet und die Gläubiger werden vorgeladen, um die Beweisstücke ihrer Vorzüge anzubringen *i*). Daß im Oesterreichischen gegen das Prioritätsurtheil nicht appellirt werden kann, vielmehr den Gläubigern, welche vermeinen, daß sie in eine bessere Classe hätten gesetzt werden sollen, oder welche einem Andern sein Vorrecht zu bestreiten geden-

h) v. Bülow's und Hagemann's prakt. Erörterungen I. num. 69.

G. H. Oesterley's Handb. des bürgerl. Prozesses für Hannover II. Th. S. 498.

i) Mittermaier a. a. O. S. 204.

ken, bloß freisteht, eine Vorrechtsklage bei Verlust ihres Rechts binnen 30 Tagen einzureichen, davon wird hernach (§. 174.) die Rede seyn.

Wiederum zeigt sich eine Verschiedenheit in der Anberaumung der Termine. Bald wird nämlich nur der Liquidations- vielmehr Connotations-Termin in der Edictalcitation anberaumt und die Verifications-Termine, sowie die weitern Verhandlungen von dem Richter mit den Gläubigern verabredet, wie im Preußischen; bald werden schon in der Edictalcitation alle Termine (Edictstage) zur Liquidation, Exception, Replik, Duplik ausgedruckt und unabänderlich festgesetzt, wie in Bayern. Bald muß rücksichtlich der streitigen Thatsachen der Beweis sofort, ohne eine richterliche Auflage abzuwarten, angetreten werden und die nicht bewiesene Post trifft im Locationsurtheil ohne weiters der Ausschuß von der Masse; bald wird (wenn gleich die definitive Entscheidung übrigens als Regel gilt) doch noch eine Art von Interlocut zugelassen, wenigstens in sofern, daß eine auf weiterer Erörterung beruhende Post auf nachfolgenden Beweis oder bessern Beweis vorsorglich locirt wird *k*).

§. 171.

Fortsetzung. Besonders über die Behandlung des Prioritäts-Punkts.

Es ist leicht begreiflich von dem größten Einflusse auf die ganze Instruction des Concursprozesses 1) ob man die Frage: in welcher Ordnung die Gläubiger zu befriedigen, bei der Verhandlung über das Forderungsrecht überhaupt für etwas ganz Entbehrliches annehmen darf oder nicht; ferner 2) wenn man den Punkt der

---

k) Schaumburg princ. prax. jur. II. c. 8. §. 15. Kori Conc. Prozeß I. §. 109.

Priorität zwar für einen nothwendigen Gegenstand der Instruction annimmt, ob man denselben zugleich bei der Frage über die Liquidität oder abgesondert zum Erkenntniß instruirt.

Auf 1) Es hat nicht an Rechtslehrern gefehlt, welche dafürhielten, daß es keines besondern Verfahrens über das Vorzugsrecht im Concurse bedürfe, weil der Richter den Rechtspunkt, folglich auch die Befriedigungs-Ordnung jeder Post von Amtswegen berücksichtigen müsse *l*). Von dieser Ansicht scheinen auch die, rücksichtlich dieses Gegenstandes eben erst bemerkten singulären partikularrechtlichen Bestimmungen ausgegangen zu seyn. Die Gründe, warum diese Ansicht nicht die richtige ist, weil nämlich der Richter, indem er über das Vorzugsrecht urtheilen soll, welches sich auf Thatsachen gründet, dazu durch glaubhafte Darlegung derselben, also durch ordnungsmäßige Verhandlung darüber in den Stand gesetzt seyn muß, — sind vorhin schon angegeben worden. Nicht immer mit der Darlegung der Gründe für die Richtigkeit einer Forderung sind zugleich die Gründe dargethan, weßhalb die Gesetze derselben den Vorzug vor andern ertheilen. Die hierzu von den Gläubigern vorzubringenden Angaben können eben so gut, (und ausser bei gewissen Arten von Forderungen z. B. ausdrücklichen Hypotheken, ist dieß sogar häufig der Fall) Gegenstand näherer Erörterungen und Beweise seyn, wie diejenigen, von welchen die Richtigkeit der Forderungen abhängt *m*). Es hat daher auch Krafft *n*) (dem man als alten

l) Hofmanns deutsche R. Pr. §. 1244.

Harpprecht in resp. 92. n. 421. et consil. nov. 69. n. 29.

m) v. Grolman Theorie des ger. Verfahrens §. 260.

n) prakt. Anmerkungen über den Conc. Pr. §. 212.

Praktiker hier wohl eine gewichtige Stimme einräumen durfte) bemerkt, es sey zwar in dem Fürstenthum Baireuth verordnet gewesen, daß nach geendigter Liquidation ein Liquidationsurtheil verabfaßt, hierauf ein kurzer Termin zum Verfahren über die Priorität anberaumt werden und solchergestalt durch jenes die Vorbereitung zu diesem geschehen sollte, damit in dem Termin selbst desto ungehinderter verfahren werden könnte; es sey aber dieses niemals in Ausübung gekommen, sondern über die Liquidität und Priorität immer zugleich verfahren worden. — Es kann wohl nichts mehr die Unanwendbarkeit eines Gesetzes zu erkennen geben, als wenn es gar nicht zur Anwendung kommt.

Auf 2) Hin und wieder wird das Liquidations- mit dem Prioritätsverfahren verbunden so eingerichtet o), daß zuerst der Gläubiger seine Forderung liquidirt und zugleich mit Anführung der Gründe die Classe anzeigt, in welche er im Fall eines behaupteten Vorzugsrechts locirt zu werden verlangt; (er liquidirt seine Forderung in quanto et quali) hiernächst excipirt der Contradictor gegen die Liquidität und die betheiligten Gläubiger gegen die Priorität, und so wird dann bis zur Duplik verfahren *p*). Allein gegen diese Vermengung des Verfahrens hat Krafft mit Recht erinnert, daß dadurch unnöthiger Aufenthalt, ja sogar Verwirrungen verursacht würden; es sey vielmehr, was ohne Schwierigkeit einleuchtet, weit besser, wenn alle Gläubiger zuerst liquidiren oder die Richtigkeit ihrer Forderungen darthun und zugleich das behauptete Vorzugsrecht ausdrucken, sodann aber wenn zuerst über die Liquidität verhandelt worden,

---

o) Krafft §. 213.

p) Carpzov P. I. const. 28. def. 3. n. 5.
Mev. ad J. L. P. III. Tit. I. Art. 11. n. 15. seqq.

ein besonderer Termin zum Verfahren über das Vorzugsrecht anberaumt werde. Es ist nicht zweifelhaft, daß dadurch das Verfahren vor mancher Verwickelung bewahrt und vereinfacht wird. Allein daß hier noch mehr für diesen Zweck geschehen kann, davon halte ich mich vollkommen überzeugt, und werde hiernächst zu zeigen mich bemühen, daß vornämlich durch eine zweckmäßige Separations-Methode und durch Ausscheidung nutzloser Erörterungen das Verfahren sehr abgekürzt werden kann, und nach den Forderungen der Zweckmäßigkeit abgekürzt werden muß.

§. 172.

Bayerisches Verfahren.

In Bayern wird über die Liquidität eben so wie über das Vorzugsrecht unter den Parteien verhandelt und zwar simultanisch. Die ganze Instruction des Concursprozesses hat aber noch das Eigene, daß die sämmtlichen dem Angriff und der Vertheidigung gewidmeten Termine schon in der Edictalcitation vorausbestimmt werden, so daß sie der Richter hiernächst nicht mehr abändern kann. Es beobachtet nämlich der in Bayern schon seit zwei Jahrhunderten gebräuchliche s. g. Edictsprozeß den Grundsatz, daß die Vorladung der Gläubiger durch Edictalien nicht bloß die Liquidation der Forderungen in quanto et quali, oder die Abwartung des Liquidationstermins beziele, sondern auch zugleich die Termine zur Anfechtung der Ansprüche und zur weitern Verhandlung sowohl über die Liquidität als Priorität mit Inbegriff des Beweisverfahrens bis zum Beschlusse der Sache. Daher werden in der Edictalcitation zu gleicher Zeit und mit einander die Termine 1) zur Liquidation, 2) zur Exception, 3) zur Replik, 4) zur Duplik, das Beweisverfahren mit inbegriffen, oder die drei Edictstage, (indem der dritte in zwei Abtheilungen

der Replik und Duplik gewidmet ist,) unter dem beziehungsweise eintretenden Präjudiz anberaumt. Durch diese Anordnung ist auf jeden Fall in sofern wenigstens etwas gutes bewirkt, daß indem das Verfahren in gewisse vorher genau bestimmte Schranken eingeengt ist, jeder Willkühr und Verzögerung durch Terminsverlängerungen ein Ziel gesteckt wird. Wird also z. B. die Edictalcitation am 1. July erlassen, so wird der Termin zur Liquidation allenfalls auf den 1. September anberaumt, in welchem Termin die erschienenen Gläubiger zuerst kürzlich in einem s. g. Präsenz-Protokolle connotirt werden, worauf dann allmählig am nämlichen und, wo es nöthig ist, an den folgenden Tagen mit der förmlichen Aufnahme der Liquidationen verfahren wird. Zugleich ist in der Edictalladung der zweite Edictstag ad excipiendum etwa auf den 15. Oktober, der dritte ad replicandum auf den 31. Oktober, und ad duplicandum auf den 16. Novbr. anberaumt. So ist also schon in der Edictalcitation, die unter dem gehörigen Präjudiz, nämlich der Präclusion mit der Forderung, was den ersten — und mit der geeigneten Handlung, was die folgenden Edictstage betrifft, den Interessenten angedeutet, wenn das Verfahren ohngefähr geschlossen seyn wird.

§. 173.

Prüfende Bemerkungen darüber.

Diese Procedur hat vieles für sich und es scheint dadurch ein Wunsch und Vorschlag Mevius q) realisirt zu seyn. Auch haben besonders bayerische Schrift-

q) Creditores omnes et singuli, quod ad liquidationem et deductionem prioritatis tendit, intra certos terminos sub praeclusi poena ad acta deferre compellantur, nec iis prolixioris litis spes vel occasio relinquatur. Part. IV. decis. 86.

steller vieles zum Lobe dieser Einrichtung gesagt, und man dürfte versucht werden, derselben den Preis zuzuerkennen, wenn man nicht durch die Betrachtung bedenklich gemacht würde, daß selbst wieder andere praktische Rechtsgelehrte Bayerns einbekennen, daß die Concurse, was auch die tägliche Erfahrung bezeugt, hier zum wenigsten nicht kürzer dauern als anderwärts. Und dieses hat unter andern Ursachen, die hier auszuführen zu weitläufig seyn würde, darin seinen Grund, daß

1) die auf einmal erfolgte Ausschreibung sämmtlicher Edictstage eigentlich keinen Zweck hat als den, dem Richter einen peremtorischen Termin vorzusetzen, in welchem er mit der Instruction des Concursprozesses fertig werden muß. Denn im übrigen genügte wohl die Ausschreibung Eines Edictstags, nämlich ad liquidandum vollkommen dem Zwecke. Ist dieser eingetreten, so hat man es nunmehr bloß mit den erschienenen Gläubigern zu thun, da die Ausgebliebenen der Nachtheil der Präclusion trifft. Es ist aber ungleich bequemer, mit jenen nach den Umständen die Termine ad excipiendum, replicandum etc. zu verabreden, und die nöthigen Entschließungen den nun sämmtlich bekannten Interessenten unter dem sachgemäßen Präjudiz zu intimiren. Bei der Methode des bayer. Verfahrens scheint man übersehen zu haben, wie vieles auf die Umstände im gegebenen Falle ankommt, und wie leicht die Vorschrift einer bestimmten Frist zu übereilten Behandlungen führt, zumal da in diese Termine auch die Verhandlungen über die Beweisführung mit eingeschlossen sind. Sterblichen ist freilich nichts zu hoch und zu schwer und man kann jeden Concursprozeß in vier bis sechs Monaten ausmachen. Wenn aber auch die Rücksicht auf das Wie etwas gilt, dann bieten sich gar mancherlei Bedenklichkeiten gegen diese Art der Behandlung dar.

2) Ist nur bestimmt, bis zu welcher Zeit die Instruktion der Forderungen beendigt seyn muß, bis wenn aber die Entscheidung durch Erlassung des Classifications-Erkenntnisses von dem Richter gegeben werden soll, darüber ist, wenigstens nach der Praxis, dem Richter keine Regel vorgeschrieben. Daher bemerkt der königl. bayer. Appellationsgerichts-Präsident von Weber r) wohl mit Recht: "im schnellen Gange eilet der bayerische Concursprozeß seiner Entscheidung entgegen, allein dann verfällt er wider die Absicht des Gesetzgebers bei den Gerichten in tiefen Schlaf, aus dem er erst nach langen Jahren durch das stete Geschrei der Parteien und das öftere unsanfte Rütteln der Obergerichte gewecket wird.

3) Wenn aber auch das Locations-Erkenntniß gefällt und rechtskräftig ist, so ist damit der Concurs noch lange nicht aus, weil nun oft noch keine Masse zur Vertheilung vorhanden ist. Geht es also mit Constituirung der Activmasse langweilig her, so können die Gläubiger Jahre lang im Besitz einer rechtskräftigen Entscheidung seyn, ehe sie ihr Geld bekommen. Hätte nun nicht ein Theil dieser Zwischenzeit recht nützlich für eine gründlichere Erörterung der Passivmasse verwendet werden können?

§. 174.

Eigenthümliches Verfahren im Oesterreichischen.

Der österreichische Concursprozeß s) hat verschiedene Eigenheiten, welche nicht gerade nachahmungswürdig erscheinen. Sogleich mit Eröffnung des Concurses soll der Richter einen Vertreter der Masse (curator ad li-

---

r) über das bayer. Credit- und Schuldenwesen S. 202.

s) Oesterreich. allg. Gerichtsordn. de 1782. §. 73. ff.

tes) aufstellen. Nur auf dem platten Lande, wenn die Gläubiger sich einhellig zur Liquidirung vor dem Gerichtshalter einverstehen, kann dieser mit den Gläubigern selbst die Liquidirung vornehmen, doch soll er vor allen den Concurs durch Vergleich abzuthun bemüht seyn. Ferner sind die Gläubiger zur Liquidation an einem bestimmten Tage bei Strafe des Ausschlusses von der Masse durch ein öffentliches Edikt vorzuladen. Der Liquidationstermin soll nicht unter 30 Tage und nicht über 6 Monate hinaus angesetzt werden. Die in die Grund- und Hypotheken-Bücher vorgemerkten Gläubiger sind besonders vorzuladen. Gleich nach Empfang des Dekrets soll der Vertreter der Masse mit den bekannten Gläubigern liquidiren, und mit den übrigen, sowie sie sich melden. Die Gläubiger müssen ihre Anmeldungen in der Gestalt förmlicher Klagen einreichen, worüber sowohl im Gerichtsprotokoll als von dem Vertreter genaue Vormerkung zu halten und daraus ein zuverlässiges Verzeichniß mit den Concursakten zur Abfassung des Classifikations-Erkenntnisses vorzulegen ist. Ueber jede solche Anmeldung ist, wie über jede andere Klage zu verfahren. Es hat aber jeder Gläubiger nicht allein die Richtigkeit seiner Forderung, sondern auch das Vorzugsrecht zu beweisen und auszuführen. Nachdem über alle Anmeldungen, welche bis zum Ablauf der im Edikte bestimmten Frist eingekommen sind, das Verfahren geschlossen ist, soll über jede Anmeldung in Betreff der Richtigkeit der Forderung der Spruch besonders geschöpft, zugleich aber die Classifikation aller Gläubiger abgefaßt und verkündet werden. Wider den Spruch in Betreff der Liquidität steht sowohl dem Gläubiger als dem Vertreter der Weg der Appellation offen. Wider die Classifikation aber soll nicht appellirt, sondern den betheiligten Gläubigern in der Classifikation bloß vorbehalten werden, ihre Klage binnen 30 Tagen einzureichen, worauf die Beklagten

einen gemeinschaftlichen Anwalt zu bestellen haben. Ueber die Vorrechtsklage ist wie über jede andere Klage zu verfahren.

Dieser Behandlung, wornach der Concursprozeß nichts weiter ist, als ein Aggregat einzelner Schuldprozesse, als eigenthümlicher Prozeß aber beinahe gar nicht erkennbar ist, kann man den Beifall nicht schenken. Sie widerspricht dem Geiste des Concursverfahrens, stört die Einheit der Behandlung und Uebersicht des Ganzen, und größere Weitläufigkeiten scheinen dabei unvermeidlich zu seyn. Doch vielleicht stellt sich die Sache im Leben anders dar, als auf dem Papiere.

§. 175.

Verfahren im Preußischen.

Nach der preuß. Proz. Ordn. Tit. 50. §. 116 ff. wird es mit dem Verfahren über die Richtigkeit und den Vorzug der Forderungen also gehalten. Das Liquidationsverfahren beginnt mit der Connotation, die darauf folgenden weitern Verhandlungen beschäftigen sich mit der Verification der Forderungen. In dem ersten oder Connotationstermin werden die erschienenen Gläubiger, nachdem der Contradictor für die Beischaffung der Edictalcitations-Bescheinigungen gesorgt und auf Präclusion der Ausgebliebenen angetragen hat, nach einander zur allgemeinen Angabe ihrer Forderungen gelassen, und diese in dem Connotations-Protokoll unter fortlaufenden Nummern verzeichnet. Zugleich bestimmt der Gerichts-Deputirte, mit Zuziehung des Contradictors und der anwesenden Gläubiger einen andern oder mehrere möglichst nahe Termine zur näheren Prüfung der angemeldeten Forderungen.

In diesem Verificationstermin muß jeder Liquidant seine Forderungen noch näher und bestimmter angeben,

die in seinen Händen befindlichen schriftlichen Beweismittel im Original vorlegen und die übrigen anzeigen. Ueber jede solchergestalt erörterte Forderung wird ein besonderes Protokoll aufgenommen, und darüber die Erklärung des Contradictors eingezogen. Macht der Contradictor Einwendungen gegen die Richtigkeit einer Forderung oder gegen deren Stellung im Classifications-Urtheile, wie sie der Gläubiger verlangte, so muß der Deputirte zur Instruction der Sache einen Termin ansetzen und es wird zu diesem Behufe über jede solche streitige Forderung ein besonderes Aktenstück (Spezial-Volumen) angelegt. Auch ein Gläubiger kann gegen den Anspruch eines andern Einwendungen machen. Hat er selbst ein Interesse dabei, so sind diese Einwendungen immer zu beachten und es muß, wenn auch alle übrige Gläubiger seinen Einwand für unerheblich erachten, die streitige Sache besonders instruirt werden, jedoch nicht auf Kosten der Masse. Hat der Gläubiger, welcher die Einwendungen erhebt, bei der Sache kein Interesse, so hängt es von den dabei interessirten Gläubigern ab, inwiefern sie auf sein Bedenken achten wollen oder nicht. Ergibt ein ungefährer Ueberschlag der Masse, daß eine sehr weitläufig zu erörternde Forderung wegen Unzulänglichkeit der Masse wahrscheinlich gar nicht zur Hebung gelangen werde, so ist der Gläubiger zu vermögen, seiner Forderung an die Masse vorbehältlich seiner Ansprüche an den Gemeinschuldner zu entsagen. Hat der Gläubiger jedoch ein Bedenken wegen der Entsagung und scheuet er zugleich die vielleicht unnützen Kosten der Instruction, so kann er darauf antragen, daß die Instruction seines Anspruchs so lange ausgesetzt werde, bis der Betrag der Activmasse näher ins Licht gesetzt ist. Wird die Vertheilung der Masse durch eine solche Verzögerung aufgehalten, so muß der Gläubiger den übrigen für die durch diesen Verzug entbehrten Zinsen und für

die etwanigen Kosten gerecht werden. Die Instruction der einzelnen Forderungen erfolgt wie gewöhnlich. Ist daher im Verifications-Termine die Liquidation oder Klage gehörig aufgenommen worden, so wird sie von Seiten des Contradictors oder des widersprechenden Mitgläubigers beantwortet, es wird der status causae et controversiae regulirt, der Beweis aufgenommen und Deductionen können in den gesetzlich verstatteten Fällen beigebracht werden. Wird eine solche Instruction nicht binnen 4 Wochen vollendet, so muß der Gerichts-Deputirte darüber an das Collegium berichten und dergleichen Berichte bei längerer Dauer der Instruction von Amtswegen von 4 Wochen zu 4 Wochen wiederholen. Sind Forderungen vorhanden, deren Instruction besonders weitläufig ist, so ist dadurch rücksichtlich der übrigen zum Spruch reifen Liquidate die Vorlegung der Akten zur Fällung des Classifications-Erkenntnisses nicht aufzuhalten, vielmehr in dem Erkenntniß jenen noch nicht vollständig instruirten Forderungen ihre Stelle vorzubehalten, worüber hiernächst durch ein besonderes Urtheil die definitive Regulirung erfolgt.

§. 176.

Einige Betrachtungen über die vorbemerkten Verfahrungsarten, dann über schriftliche Rezesse.

Ein wesentlicher Vorzug des preußischen Verfahrens, nicht nur vor dem österreichischen, das man ohnehin nicht zur Nachahmung empfehlen kann (§. 174. a. E.), sondern auch vor dem bayerischen, und vor dem gemeinrechtlichen, liegt in der instruktionsmäßigen Behandlung. Nicht nur daß der Prozeß zum Protokolle verhandelt wird, mit Ausschluß schriftlicher Verhandlungen, (man läßt zwar Deductionen zu, jedoch erst nach geschlossener Instruktion und aufgenommenen Beweisen und mit Beschränkung auf die bloße Rechtsausführung), so

äussert sich hier die dem Concursprozeß eigenthümliche erweiterte Richterthätigkeit (§. 21.) in ihrer vollen Wirkung. In Bayern verhandelt man zwar auch zum Protokoll, aber nicht instructionsmäßig, nicht untersuchend, man läßt auch schriftliche Rezesse zu, sowohl vom Liquidanten als Excipienten, und man glaubt dadurch die Geschäfte der Gerichte in den Edictstagesfahrten abzukürzen. Dieses vermeinte Abkürzungsmittel soll noch etwas näher betrachtet werden.

Schon Ludovici *t)* hat diese Rezesse zur Ersparung der mit der mündlichen Verhandlung zum Protokoll verloren werdenden Zeit empfohlen. Allein die Bequemlichkeit, die dadurch dem instruirenden Richter und selbst diesem nicht immer, verschafft wird, wird durch manche Unbequemlichkeit, die dem erkennenden Richter damit verursacht wird, nicht selten bedeutend überwogen. Die Thatsachen, welche ein sorgsamer und verständiger Instruent in wenige Zeilen der protokollarischen Verhandlung hätte zusammen drängen können, werden nun in einer Fluth von Dicentereien in Schriften, die nach dem Bogen (gleichsam also maßweise!) bezahlt werden, über den armen Richter ausgegossen. Was den meisten Concurs-Akten schon von aussen, noch mehr natürlich bei dem Lesen, ein so abschreckendes Ansehen gibt, kommt hauptsächlich von diesen Schriftprodukten her, gewöhnlich einer widerlichen Mixtur von faktischen und Rechtssätzen, leeren Declamationen, seichten Raisonnements und ewigen Recoctionen. Kein Wunder, wenn der Referent, der solche Concursakten in die Hände bekommt und sie lesen und sogar extrahiren muß, nicht mit Lust an seine Arbeit geht. Freilich dürfen nicht statt des einfachen protokollarischen Verfahrens unter thätiger Theilnah-

t) Einleit. zum Conc. Prozeß c. II. §. 4.

me und Leitung eines verständigen und mit Liebe für seinen Beruf erfüllten Instruenten jene s. g. Oralrezesse ("Handlungen vom Mund aus in die Feder") zugelassen werden, die in stylistischer Hinsicht noch unerträglicher sind als die schriftlichen, und wodurch überdieß noch die Zeit sündlich verschwendet und die gerichtliche Verhandlung hingehalten wird, bis es dem rezessirenden Advokaten endlich beliebt aufzuhören.

Sechstes Kapitel.

Von Vertretern der Masse und der Gläubiger.

§. 177.

Allgemeine Betrachtungen.

Ausser den im Concursprozesse vorkommenden Haupt- oder wesentlichen Personen: Gläubigern, Schuldner, Richter — gibt es noch einige Nebenpersonen, deren Funktionen zwar bei jedem Concurse eintreten, deren Dienstleistung aber oft entbehrlich ist. Diese Personen sind 1) der Güterpfleger, 2) der Contradictor, 3) der Commun-Anwalt der Gläubiger. Man hat diesen Männern, besonders den aus dem Stande der Rechtsanwälte genommenen Activ-Massevertretern, häufig einen großen Theil an der Schuld der Concursverzögerungen beigemessen, und darum soll hier ihre allenfallsige Entbehrlichkeit oder wohl gar Schädlichkeit Gegenstand der Prüfung werden. Im allgemeinen kann schon vorläufig bemerkt werden: sie sind entbehrlich, wenn der Concurs so einfach ist, daß für die Verwaltungs- und Rechtsgeschäfte die eigene Verwendung der Gläubiger und die Fürsorge des Richters hinreicht. Bedient man sich ihrer in diesem Falle dennoch, so verursacht man unnöthige

Kosten, wenn auch sonst nichts von ihnen wegen Verlängerung der Concurse zu besorgen wäre, was wohl ohnehin großen Theils auf Rechnung der Unterlassungen des Richters käme. (Vergl. das oben Seite 76. Gesagte.)

§. 178.

Der Güterpfleger.

Der Güterpfleger (Massecurator, Massevertreter, curator bonorum) ist für die Verwaltung der Masse und deren Vertretung gegen Dritte, nämlich zur Beitreibung dessen, was von der Masse aussteht oder in fremden Händen ist, aufgestellt. Daß eine von den Ursachen der langen Dauer der Concursprozesse in der Aufstellung dieser Gütervertreter liege, hat unter andern Berger mit einer häßlichen Schilderung des Unfugs der Advokaten und Richter seiner Zeit *u*), sowie Leyser *v*) behauptet, und Gönner *w*) eine Verbesserung dieses Curatelwesens der Aufmerksamkeit der Gesetzgebungen nachdrücklich empfohlen, besonders in sofern als die Massecuratoren aus der Zahl der Advokaten genommen werden. Leyser schlägt *x*) vor, die Concurscuratel dem Gemeinschuldner oder seiner Frau zu überlassen, wenn sie annehmliche Caution bestellen könnten. Es soll dieser Vorschlag nicht weiter geprüft werden, da er, abgesehen von andern abrathenden Gründen schon darum als unpraktisch sich darstellt, weil es dabei wohl an dem Besten, nämlich an der Caution fehlen möchte.

---

u) in elect. disc. for. ad tit. 41. p. 1358.

v) Spec. 491. med. 2.

w) theils in den Motiven des Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren. S 775. und 799., theils im Commentar zum Gesetz von 1819. ad §. 35.

x) l. c. med. 3.

Die preußische Prozeßgesetzgebung hat in der richtigen Ueberzeugung, daß viele Mißbräuche dieser Institution verhütet werden können, wenn die Gerichte die Pflicht der Aufsicht gehörig erfüllen, an dem Hergebrachten wenig geändert. Sie bestimmt nämlich *y*), daß zwar in Concursen von minderer Wichtigkeit das Amt eines Curators und Contradictors in einer Person vereinigt, und dazu ein bei dem Gerichte recipirter Justizcommissarius (Advokat) bestellt werden könne. Wenn aber das Debitwesen, besonders in Ansehung der Activmasse, von Wichtigkeit ist, und z. B. beträchtliche Landgüter oder eine Kaufmannshandlung zur Masse gehören, so sey ein besonderer Curator und ein besonderer Contradictor zu bestellen Dem Curator können auch, wenn die Masse sehr weitläufig und zerstreut ist, nach dem Antrage der Gläubiger Nebencuratoren, besonders sachkundige Assistenten zur Verwaltung der Güter, Führung der Handlung ꝛc. zugeordnet werden.

Das bayerische Gesetz vom 22. Julius 1819. §. 35. verordnet, daß bei Concursen in der Regel kein Advokat als Massecurator bestellt, sondern die Verwaltung der Concursmasse einem am Orte des Concursgerichts wohnhaften, dazu tauglichen Gläubiger, und in dessen Ermangelung einem andern in Verwaltungssachen erfahrnen Mann gegen hinreichende Sicherheit und für angemessene Belohnung allenfalls nach Vernehmung der im ersten Edictstag ohnehin versammelten Gläubiger übertragen werden soll. Für die vom Gerichtsorte entfernt liegenden, zur Masse gehörigen Güter soll in Ermangelung eines dafür schon vorhandenen Verwalters, ein in dortiger Gegend wohnender tauglicher Mann zum Verwalter bestellt werden.

Diese

---

y) A. G. O. Th. I. Tit. 50. §. 69. 71. 73. 78 ff.

Diese Wahl eines Gläubiger-Ausschusses ist unbedenklich als sehr zweckmäßig zu empfehlen. Eben so kann die Aufstellung eines Massecurators aus der Zahl der Gläubiger oder anderer verwaltungskundigen Männer der Wahl eines Advokaten zu dieser Stelle unter gewissen Umständen vorzuziehen seyn. Aber den Advokaten, weil er Advokat ist, in der Regel für unfähig anzunehmen, scheint mir unbillig. Daß den Stand der öffentlichen Rechtsanwälte im Ganzen nicht trifft, was einige unwürdige Individuen angeht, sollte sich von selbst verstehen. Hat also der Advokat die nöthigen Kenntnisse im Verwaltungsfache, worauf natürlich alles ankommt, und ist er auch von Seiten seines Charakters zuverlässig, so würde ich ihn sogar einem andern bloßen Oeconomen vorziehen, der auch nicht umsonst Dienste thut; einmal darum, weil jener zugleich als Contradictor gebraucht werden kann, und dann weil ein Rechtsgeschäftsmann auch hier manches vor einem Andern voraus hat. Da wo der Güterpfleger Prozesse zu führen hat, kann man übrigens der Hülfe eines Rechtsverständigen ohnehin nicht entbehren, muß also, wenn jener dieß nicht ist, ihm einen rechtlichen Assistenten beigeben. Ist freilich die Activmasse unbedeutend, so hat ohnehin die ganze Curatel wenig auf sich, und man wird weder einen Advokaten noch einen Oeconomen als Administrator aufzustellen brauchen, sondern es wird sich unter den Gläubigern einer finden, der höchstens gegen Erstattung seiner baaren Auslagen die Curatelgeschäfte versieht, soweit sie nicht vom Conc. Gericht ohnedieß besorgt werden.

§. 179.

Der Contradictor.

Der Contradictor z) (litis curator), der erst zu Anfange des 18ten Jahrhunderts bei den deutschen Gerich-

z) J. H. Stepf syst. Lehre vom Contradictor. 2. Ausg.

ten bekannt wurde *a*), wird zur Vertheidigung der Vermögensmasse, und zwar nach der gemeinen Vorstellung von dem Richter Namens des Schuldners bestellt. Dieser Contradictor wird in vielen Concursen erspart werden können, wenn der Richter sein mildrichterliches Amt zweckmäßig geltend zu machen Geschick und Neigung hat. Er wird nämlich die gegenwärtigen Gläubiger und den Gemeinschuldner über jede Forderungspost mit ihrer Erklärung vernehmen, und die etwaigen Einwendungen, soweit sie nicht von selbst aus den produzirten Urkunden sich ergeben, durch zweckmäßige Fragen zum Vorschein bringen. Und dieß geht auch sehr gut an, ohne daß der Richter, "qui usque ad prolationem sententiae universa rimari debet, et interrogare potest de facto, quoties dubitationis aliquid occurrit" *b*), ferner "simpliciter et pure factum ipsum et rei veritatem investigare" *c*) die Grenzen seiner Befugniß überschritten zu haben, nach der Eigenheit der Prozeßart zu besorgen hätte. Die Quelle, woraus er zu schöpfen hat, ist übrigens ihm so gut geöffnet, wie dem Contradictor: es ist die Kenntniß der faktischen Verhältnisse, die rücksichtlich jeder Forderung der Gemeinschuldner auf jeden Fall besitzt, nicht selten aber auch die Gläubiger. Handelt aber der Gemeinschuldner unredlich, so ist auch der Contradictor nicht allwissend.

§. 180.

Ueber die Wahl des Contradictors.

Es ist vorhin bemerkt worden, daß nach der gemeinen Vorstellung der Richter Namens des Schuldners

---

Leipz. 1821. 8. (Ich habe nur die erste Ausg. Nürnb. 1791. 4. zu benutzen Gelegenheit gehabt).

a) Stepf §. 8.

b) c. 10. X. de fide instr.

c) c. 6. X. de judiciis.

den Litiscurator wähle, zugleich aber auch (§. 178.), daß das Amt des Massecurators sich mit dieser Funktion vereinigen lasse. Dieß wäre nach der bemerkten Theorie bedenklich, weil, wenn man wie gewöhnlich annimmt, daß die Gläuber den Contradictor nicht wählen können, indeß sie das Wahlrecht des Curators der Masse haben, hieraus Widersprüche entstehen. Es mag daher hier an seinem Orte seyn, noch einige Betrachtungen über das Rechtsverhälniß des Contradictors zum Schuldner und zu den Gläubigern anzustellen, zumal da eine sehr geachtete Gesetzgebung, die preußische, dießfalls von der gemeinen Lehre abweicht. Sie läßt nämlich den Contradictor von den Gläubigern wählen, während gemeinrechtlich, wie gedacht, dieß anders ist, obschon hier nicht in consequenter Durchführung des Grundsatzes, indem man hie und da doch wieder die Gläubiger mit ihren Erinnerungen und Vorschlägen zu hören für nöthig hält *d*).

Die gewöhnliche Theorie nimmt an, daß der Contradictor nicht die Gläubiger, sondern den Gemeinschuldner vertrete und Gegner jener sey, darum also nicht von ihnen gewählt werden könne. Sofern als von einzelnen Gläubigern die Rede ist, ist auch gegen diese Vorstellung nichts einzuwenden. Anders erscheint die Sache, wenn man die Gläubiger in ihrer Gesammtheit nimmt. Diesen ist das Vermögen abgetreten, und der Gemeinschuldner hat alle Disposition darüber verloren. Selbst sein Geständniß bewirkt in der Regel keinen Beweis. Nimmt man also den Contradictor als Vertreter des Gemeinschuldners an, so erscheint dieß mit der Stellung und dem Rechte des letztern offenbar unver-

d) Schaumburg princ. prax. jur. L. II. c. 8. §. 11. n. **. — und Stepf §. 43.

einbarlich und inconsequent. Denn hier wäre der Sachwalter mehr Befugnisse auszuüben befugt, als der Prinzipal. Dagegen steht alles im Zusammenhange, wenn man von dem Grundsatz ausgeht: die Gesammtheit der Gläubiger übt kraft der Cession die Rechte des Gemeinschuldners über dessen Vermögen, nicht die einzelnen Gläubiger; ferner: der Gemeinschuldner tritt sein Vermögen nur an seine Gläubiger ab. Der Contradictor vertritt folglich allerdings, wenn man so will, den Gemeinschuldner, sofern als er der Richtigkeit einer Forderung zu widersprechen berufen ist, die nicht begründet ist, also dem Eindrängen eines Gläubigers sich zu widersetzen, der kein Gläubiger ist, den also auch die Abtretung des Vermögens nichts angeht. Dabei ist aber auch, und wie jetzt die Sache steht, zunächst das Corps der Gläubiger oder die Concursmasse betheiligt. Ja, indem das Vermögen den Gläubigern abgetreten ist, haben auch diese das nächste Contradictionsrecht. Nur weil die Concursmasse oder das corpus der Gläubiger als eine Art mystischer Person sich nicht selbst vertreten kann, einzelne Gläubiger aber die Vertretung nicht auf sich nehmen können, weil sie sonst Beklagte und Kläger zugleich seyn würden, oder doch Collisionen entstehen könnten, bedarf es, abgesehen von dem im vorigen §. berührten Verhältniß der Entbehrlichkeit, eines besondern Vertreters, und als solcher erscheint denn der Contradictor. Consequenter zeigt sich daher die Theorie des preuß. Concursrechts e), indem dieses bestimmt, daß die Gläubiger den Contradictor ebenso wie den Massevertreter nach der Stimmenmehrheit, welche nach dem Betrage der Forderungen zu berechnen, wählen. Nur dann, wenn die Mehrheit ohne weitläufige Untersuchung nicht

e) A. G. O. Th. I. Tit. 50. §. 66 fg.

ausgemittelt werden kann, gibt das Gericht den Ausschlag und bestellt denjenigen, welcher nach pflichtmäßigem Ermessen für den tüchtigsten gehalten wird. Als eine Eigenheit der preuß. Ger. Ordn. wird hier noch bemerkt, daß der Contradictor die angemeldeten Forderungen nicht nur in Ansehung ihrer Richtigkeit, sondern auch rücksichtlich der angesprochenen Priorität zu prüfen, oder wie sich das Gesetz ausdruckt, dafür zu sorgen hat, daß bei jeder Forderung, die ihr nach der Prioritätsordnung zukommende Stelle ausgemittelt werde *f*). Diese von der eigentlichen Tendenz dieses Litiscurators abweichende eigenthümliche Bestimmung erhält ihre Rechtfertigung durch das s. g. Untersuchungsprinzip, worauf der preußische Prozeß beruht und wornach alle dabei thätige Organe in Vereinigung mit dem Richter, dem ohnedieß gemeinrechtlich schon die Sorge für den Punkt des Vorzugsrechts von Amtswegen obliegt, dahin wirken, daß jedem sein Recht widerfahre, unbeschadet, wie sich von selbst versteht, des freien Verzichts jedes Betheiligten.

Auch der Entwurf einer bürgerlichen Prozeßordnung für Bayern (München 1825. §. 891.) läßt den Contradictor von den Gläubigern wählen, wenn diese nicht die Wahl dem Gerichte selbst überlassen.

Immer erscheint es als nicht folgerichtig, wenn man den Contradictor, wenigstens allein als Vertreter des Gemeinschuldners ansieht, der doch sein Vermögen abgetreten hat, der nicht mehr selbst darüber verfügen, wohlfolglich also auch niemand anders zu dem Zwecke der Verfügung darüber, wenigstens durch Vertheidigung oder Nichtvertheidigung, selbst bestellen oder durch den Richter bestellen lassen kann. Auf eine solche Verfügung

---

f) a. a. O. §. 72.

kommt es aber immer hinaus, man mag bei der Fiktion, daß der Richter hier statt des Schuldners handle, jenes Verfügungsrecht noch so wenig dabei berücksichtigen wollen. Dieß scheint man auch bei der gemeinen Theorie gefühlt zu haben, daher man hie und da, aber freilich nicht sehr consequent, die Gläubiger mit ihren Erinnerungen und Vorschlägen bei der Wahl zu hören für nöthig hält g). Hierzu kommt aber auch noch, daß es nicht gut mit der Stellung des Richters vereinbarlich ist, diesem, der richten soll, durch die Wahl des Rechtsvertreters einen so folgereichen Einfluß auf die Darlegung des Streitverhältnisses einzuräumen, wenn dieses die Betheiligten dem Richter nicht ausdrücklich oder indem sie selbst die Wahl nicht treffen, stillschweigend überlassen, also auf ihr Recht verzichten.

§. 181.

Der Commun-Anwalt.

Ein Commun-Anwalt kann da nothwendig seyn, wo man dafür hält, daß der Contradictor nicht die Gemeinschaft der Gläubiger vertrete, besonders aber da, wo die Gläubiger als Gegner des Güterpflegers, Contradictors oder auch des Richters aufzutreten sich veranlaßt finden h). Am gewöhnlichsten aber wird die Nothwendigkeit desselben dann eintreten, wenn sich, besonders zur Abwehrung gewisser Prioritäts-Ansprüche Streitgenossenschaften bilden (§. 160.). Diese werden dann, um nicht selbst bei einem an sich theilbaren Gegenstande die Prozesse zu vervielfältigen, zur Aufstellung eines gemeinschaftlichen Vertreters angewiesen. Ein solcher Sachwal-

---

g) Schaumburg princ. prax. jur. II. c. 8. §. 11. n.**. Stepf a. a. O. §. 43.

h) Schweppe §. 105.

ter hat aber vor dem Anwalt eines einzelnen Liquidanten, der sein Recht selbst oder durch einen andern vertreten kann, nichts voraus, daher über diesen Commun-Anwalt hier weiter nichts zu sagen nöthig ist. Auch versteht es sich von selbst, daß derselbe nicht aus der Masse, sondern von denjenigen bezahlt wird, die ihn aufzustellen, ihrer Convenienz gemäß finden oder verpflichtet sind.

Siebentes Kapitel.

Von Anwendung der Separationsmethode als wesentlichem Concursabkürzungs-Mittel.

§. 182.

Wiefern sie überhaupt Statt findet.

Vielleicht zu den entschieden wirksamsten Mitteln, Concursprozesse abzukürzen, gehört eine richtig verstandene und zweckmäßig angewandte Separationsmethode, oder daß man, soviel nur immer möglich ist, das Bestreben dahin richtet, unnöthige und zwecklose Handlungen abzuschneiden, womit denn auch andere Mittel der Vereinfachung des Verfahrens verwandt sind, welche dazu dienen, die Uebel der Concurse zu erleichtern und Unordnungen vorzubeugen.

Während sonst im Civilrechtsverfahren als Mittel gegen Verschleppungen einer streitigen Sache das s. g. Eventualprinzip oder der Satz gilt: "alles auf einmal," tritt im Concurse oft gerade die Nothwendigkeit der entgegengesetzten Behandlung ein, und es erscheint als eine wohlthätige Maßregel, manche unnütze Operationen zu entfernen, welche die Dauer der Concurse verlängern, ohne für den Zweck etwas zu nützen, wenn

man den Satz: eins nach dem andern zur Regel annimmt. Auch scheint es, als ob hierdurch gewissermassen ein Theil des Unrechts wieder gut gemacht werden müßte, welches durch die mancherlei Abweichungen dieser Prozeßart von den sonstigen Regeln des Rechtsverfahrens begangen wird, insonderheit als ob dadurch gewisse nachtheilige Folgen der subjectiven Klagenhäufung, welche der Concursprozeß zuläßt, abzuwenden wären.

Die hier bezielte Absonderung kann Statt finden und nützlich angewendet werden

I. bei der Herstellung der Passivmasse oder bei dem Verfahren über die Forderungsrechte, und zwar durch Aussetzung der Instruction solcher bestrittenen Forderungen, von welchen es zweifelhaft ist, ob sie zur Hebung gelangen;

II. bei der Herstellung der Activmasse durch eine, nach Verschiedenheit der Ansprüche daran gemachte sachgemäße Trennung der verschiedenen Vermögenstheile;

III. in Beziehung auf die Distribution der Masse durch Particular-Zahlungen. Endlich

IV. gehört noch hieher eine zweckmäßige Sonderung der Akten.

§. 183.

I. Separation bei dem Verfahren über die Forderungsrechte.

Wenn Forderungen in Ansehung ihrer Richtigkeit oder ihres Vorzugsrechts oder beider zugleich bestritten sind, so können selbige einstweilen bei Seite gesetzt, ihre Instruktion also suspendirt werden, wenn sie auf weitaussehender Erörterung beruhen und diese nach den Kräften der Activmasse von zweifelhafter Relevanz ist. Diese Regel, welche von dem Gebote der Vernunft:

nichts Zweckwidriges vorzunehmen, dictirt ist, setzt also voraus,

1) daß die bestrittene Forderung eine weitaussehende Erörterung nothwendig macht. Sollte dieses, was ohnehin hauptsächlich nur von der Frage über die Richtigkeit und weniger von der über die Priorität gelten wird, nicht der Fall seyn; so ist auch kein Grund zur Suspendirung ihrer Instruction vorhanden. Der Zeitgewinn würde wenigstens nicht so hoch anzuschlagen seyn, um dafür den Vortheil einer allgemeinen und gänzlichen Erledigung aller Liquidate in dem Classifications-Erkenntniß aufzugeben.

2) Es muß nach den Kräften der Activmasse wenigstens mit Wahrscheinlichkeit erhellen, daß die bestrittene Forderung nicht zum Zuge kommen werde. Hieraus ergibt sich die Nothwendigkeit der beschleunigten Herstellung der Activmasse (§. 145.) und wienach diese mit Recht die Achse genannt worden, um welche sich der ganze Concurs dreht. Es kann aber nach Beschaffenheit der Vermögensmasse der Streit über eine Forderung irrelevant seyn,

a) wenn die Masse so gering ist, daß sie voraussichtlich nicht auf die Gläubiger der Vten Classe reicht, für das Liquidatum aber keine Stelle in den ersten vier Classen in Anspruch genommen worden ist. Nehme man an, die Activmasse beliefe sich auf 10000 Gulden, die Passivmasse auf 20000 fl. unter diesen aber wären 12000 fl., die unbestritten oder doch mit hoher Wahrscheinlichkeit ihre Stelle in den ersten vier Classen erhielten, dagegen wäre unter den übrigen 8000 fl. die wahrscheinlich, wenn auch die Activmasse sich noch etwas erhöhen sollte, insgesammt leer ausgehen, eine Post von 2000 fl., welche auf weitaussehenden Erörterungen und Beweisen der Richtigkeit beruhte; es käme z. B. dabei

auf die Auseinandersetzung einer verwickelten Societät an u. d. gl. —: wäre es nicht offenbar zweckwidrig, die Beendigung des Concurses um dieser einzigen Forderung willen aufzuhalten, also das Locationserkenntniß über alle übrige spruchreif erörterte Liquidate nicht eher zu fällen, bis auch diese Forderung vollends instruirt ist? — Man erläßt also das Locationserkenntniß und behält der illiquiden Post ihre Zuständigkeiten zum besondern Austrage mit den betheiligten Gläubigern und, soweit als dieser ein Interesse dabei zu haben glaubt, mit dem Gemeinschuldner bevor. Betheiligte Gläubiger sind hier nur die der Vten Classe und die etwa post omnes zu locirenden. Ergibt sich nach Befriedigung der vier ersten Classen ein Ueberschuß, so werden die unbestrittenen 6000 fl. mit den bestrittenen 2000 fl. wegen Theilung desselben sich gütlich oder rechtlich auseinandersetzen; bleibt aber nichts übrig, so haben sie den Verdruß erspart, einen nutzlosen Streit geführt und die Kosten vermehrt zu haben, wegen welcher ausserdem am Ende, und wenn die Masse in der IVten Classe aufginge, wohl auch die Gläubiger dieser Classe recht unschuldig (denn was geht sie der ganze Streit an?) mit zu zahlen genöthigt werden würden.

b) Ein solcher Streit kann aber auch auf der andern Seite zwecklos seyn, sofern als er das Vorzugsrecht betrifft, wenn nämlich der Liquidant eine höhere Stelle verlangt, die Masse aber von der Beschaffenheit ist, daß er auch auf der ihm zugestandenen niedrigern Stelle seine Befriedigung zu erwarten hat. Es wäre doch wohl unverantwortlich, wenn die Masse auf die Vte Classe offenbar hinreichte und der Richter ließe einen Prozeß über die Frage zu, ob Cajus in die dritte oder in die vierte Classe zu lociren!

Diese Grundsätze hat wie so vieles andere mit großer Zweckmäßigkeit die preußische Concursordnung (vergl.

§. 175.) ausgesprochen, und sie haben sich durch die Erfahrung bewährt befunden. Auch Claproth i) hat diese Methode wenigstens angedeutet.

§. 184.

Einige Winke zur Anwendung dieser Vereinfachungsmethode.

Um das Verfahren hiernach zu vereinfachen muß es auch da, wo Gesetze es nicht ausdrücklich vorschreiben, zu den Gegenständen der richterlichen Vermittlung oder des Vergleichsversuchs gerechnet werden, daß der Richter sich bemüht, den Gläubigern die hiernach nothwendige successive Behandlung mit Suspension der weitaussehenden Punkte, als ihr eigenes Bestes bezielend und für sie unverfänglich, vorzustellen und annehmlich zu machen. Im Allgemeinen lassen sich freilich hierüber und über die Modalitäten der Einleitung dieser Separation keine Regeln vorschreiben; sie müssen einem verständigen und wohlwollenden Richter sich im gegebenen Falle von selbst darbieten. Wenn er mit Geschäftsgewandtheit Sinn für seinen Beruf verbindet, und wenn die Gesetzgebung ihren Gerichten nicht die Daumschrauben einer formularmäßigen Behandlung angelegt hat; so wird er bei den Gläubigern, besonders da, wo er mit ihnen allein, weniger wenn er es mit befangenen Rechtsanwälten zu thun hat, seinen Zweck erreichen. So wird er am Ende allerseitigen Dank einernten, statt daß, wenn er, wie man sagt, aber freilich sehr mit Unrecht, der Sache den rechtlichen Lauf (d. h. oft fünf gerade seyn) läßt, der Knäuel sich in dem Grade mehr verschlingt, als man ihn vorgeblich zu entwirren sich bemüht. Hierbei ist nicht unbemerkt zu lassen, daß gerade diejenigen Gläubiger, auf deren Willfährigkeit es hier

---

i) summar. Prozesse §. 435.

ankommt, keine Ursache haben, auf ihre Sache sich viel einzubilden, daher schon um deßwillen, dem größern Theile nach wenigstens, leicht zu bewegen seyn werden, einer vernünftigen Vorstellung Gehör zu geben und in eine ihnen unnachtheilige Suspension zu willigen, wobei sie nichts verlieren, sondern nur gewinnen. Sie brauchen wenigstens nun nicht bei allen weitern Verhandlungen über die übrigen Posten entweder persönlich gegenwärtig zu seyn, oder indem sie sich der theuern Vertretung eines Anwalts bedienen, aus einem Uebel zwei zu machen. Schon diese Erwägung wird dem Vorschlage des Richters Eingang verschaffen, der unter zweckmäßiger und gemeinverständlicher Belehrung über den Stand der Sache bei denjenigen Personen, die ich hier hauptsächlich vor Augen habe, gewöhnlich in der gemüthlichen Formel sich ausspricht:

> geht nur einstweilen nach Hause, euer Dastehen und Warten hilft euch jetzt nichts, ihr versäumt nur die Zeit, man wird euch rufen lassen, wenn die Reihe an euch kommt.

Doch es hat die Praxis oder das, was wirklich geschieht, der unvollkommenen Theorie ohnehin nachgeholfen. Die Erfahrung lehrt, daß mit jedem Verhandlungstermin die Zahl der Erscheinenden, wenn sie nicht nothwendig zugegen seyn müssen, immer kleiner wird, so daß, wenn der Prozeß lange dauert, ausser dem Instruenten und den Massevertretern allenfalls nur noch einige Anwälte auftreten. Und so hat denn das mit der Dauer des Streits und mit der dabei nicht selten zunehmenden Ungewißheit seiner Resultate abnehmende Interesse an demselben von sich selbst die Folge, daß man eher für das Zusammenhalten als für das Trennen empfänglich machen muß.

§. 185.

II. Separation der verschiedenen Vermögens-Massen, und zwar der Immobiliar- und Mobiliar-Masse.

Ein sehr zweckmäßiges Mittel zur Vereinfachung des Concursprozesses ist auch die Ausscheidung der verschiedenen Massen und sie ist auch vornämlich geschickt, Nachlaßvergleiche mit Erfolg einzuleiten. Dazu ist in Ländern, wo eine zweckmäßige Hypothekenverfassung eingeführt ist, schon ein sicherer Grund gelegt. Hier haben nämlich die Realgläubiger, d. h. die in das Hypothekenbuch eingetragenen, so wie durch die Ordnung der Eintragung schon ihre Location entschieden ist, auch ihr eigenes Rechtsgebiet rücksichtlich der Befriedigungsmittel, welches kein anderer betreten darf, so lange sie noch unbefriedigt sind. Alle Concurrenz Anderer fällt also hier weg. Daher hat man in Preußen, so wie man mit dem Hypothekenbuch andern deutschen Ländern vorangegangen ist, auch rücksichtlich der fraglichen Separation ein nachahmungswürdiges Muster aufgestellt, indem man die Immobiliar- von der Mobiliarmasse geschieden hat. Man rechnet nämlich zu der Immobiliarmasse die vorhandenen Immobilien, ferner die zur Zeit des eröffneten Concurses vorhandenen Wirthschaftsbestände und Vorräthe aller Art, das Wirthschaftsinventarium und Zubehör, so weit es den eingetragenen Gläubigern mit verpfändet ist; die currenten Revenüen des Grundstücks; die ausserordentlichen Einnahmen während des Concurses; die Kaufgelder des Immobile und des Inventariums dazu. Zu der Mobiliar- oder gemeinen Masse gehört alles übrige Vermögen.

§. 186.

Vorschlag zu einer weitern Absonderung der Theile der Activmasse.

Es fragt sich aber, ob man in Ansehung der Trennung der Massen nicht noch weiter gehen und nach den

verschiedenen Arten von Ansprüchen die jeder Art von Ansprüchen eigene Masse formiren sollte, also 1) die Masse für die Absonderungs-Berechtigten oder die Separatisten-Masse; 2) die Hypothekenmasse oder die Immobiliarmasse für die Hypothekengläubiger; 3) die Pfändermasse für die Faustpfandgläubiger; 4) die gemeine Masse für die Chirographarien oder diejenigen, die weder ein Vindications- oder Separationsrecht, noch eine Hypothek oder ein Faustpfand oder was letzterm gleichgehalten wird, haben. Denn die eigentlichen Gläubiger haben direkt wenigstens keinen Anspruch an die Separations-Gegenstände und soweit sie nicht Hypotheken oder Pfandrechte besitzen, vor Befriedigung der dießfalls Berechtigten an die Hypothek- und Pfandobjekte. Es müssen vielmehr die Hypotheken- und Pfandgläubiger vor allen erst befriedigt werden, bis die übrigen Gläubiger an diese speziell verhafteten Gegenstände oder deren Erlös sich halten können *k*). Auf der andern Seite können die benannten Realgläubiger an die gemeine Masse nur in sofern sich halten, als sie in ihrer Sicherheits- und Befriedigungssphäre nicht befriedigt werden können, und sonst persönliche Gläubiger des Gemeinschuldners sind.

---

k) In der Regel wenigstens und mit Ausnahme gewisser vorzüglich privilegirter Forderungen. So gehen nach preuß. Recht der zweijährige Rückstand von Staats- und Communal-Abgaben, die Feuersocietäts-Beiträge, die Gutsliedlöhner selbst den eingetragenen Gläubigern vor, was sich auch rechtfertigen laßt, da dieß Reallasten sind. Noch weiter geht die bayerische Prioritätsordnung vom 1. Juny 1822. die ausserdem sogar gewissen rein persönlichen Lasten dieses Vorrecht einräumt, als: unter gewissen Modifikationen, den Begräbnißkosten, den Kosten der letzten Krankheit, alimentarischen Leistungen.

Diese verschiedenartigen Ansprüche rechtfertigen also die Absonderung der Gegenstände ihrer Befriedigung, und diese ist nicht nur für die Auseinandersetzung eines Schuldenwesens sehr ersprießlich und ganz unschädlich, da wenn nur die Hypotheken und Pfänder gerichtlich veräussert werden, den übrigen Gläubigern doch ihr Anspruch an dem Ueberschuß bleibt, sondern es spricht für diese Absonderung noch folgende Betrachtung, die ihr eine eigenthümliche praktische Bedeutung gibt.

Wenn eine unabgesonderte Vermögensmasse von 12000 fl. und eine Schuldenmasse von 15000 fl. Gegenstand der Concursverhandlungen ist, so kann es nicht fehlen, daß die chirographarischen Gläubiger, die zusammen etwa 5000 fl. zu fordern haben, nur die Differenz zwischen 12000 und 15000 vor Augen haben. Wenn aber die 12000 fl. also separirt erscheinen: 1000 fl. Separationsmasse, 9000 fl. Immobiliarmasse, 1500 fl. Pfändermasse, in summa 11500 fl. — so erscheint den chirographarischen Gläubigern das schuldnerische Vermögen, worauf sie Anspruch haben, schon von vorn herein nicht mehr gleich 12000 fl., sondern nur gleich 500 fl. und alle Plane, welche diese Gläubiger wegen ihrer Befriedigung machen, werden nur mit Rücksicht auf den Betrag der Mobiliarmasse, nicht nach dem Betrag aller Massen angelegt. So wird denn mancher Gläubiger Lust und Muth verlieren, sich für eine so geringe Ausbeute in weitläufige Prozesse einzulassen. Sind alle Massen vermischt, so sieht er gleichsam nur die reichbesetzte Tafel vor sich, ohne die verbotenen Schüsseln unterscheiden zu können. Nur so kann auch die Bemerkung Miltners *l*) einen richtigen Sinn haben, wenn er sagt: "würden mehrere Partikularconcurs-Prozesse gerichtlich

l) der bayer. Gantprozeß S. 206. n. 10.

vorgenommen, so würden weniger Universalconcursprozesse entstehen und selbst bei diesen die Gläubiger weniger verlieren."

§. 187.

III. Von Partikularzahlungen im Concurse.

Auch durch Partikularzahlungen an die Gläubiger, worunter auch Abschlagszahlungen begriffen sind, kann ein Concursprozeß vereinfacht und damit zugleich abgekürzt werden. Nach der gemeinrechtlichen Theorie finden dergleichen Zahlungen an einen Gläubiger vor dem andern, dem Grundsatze von der par conditio omnium creditorum gemäß, in der Regel nicht Statt. Nur da, wo ein Gläubiger höchstwahrscheinlich seine Befriedigung zu hoffen hat, und Sicherheit bestellt, kann er dieselbe schon vor der Finaldistribution unter alle Gläubiger verlangen *m*). — Indessen ist wohl nicht zweifelhaft, daß gegen Caution auch selbst diejenigen die Zahlung verlangen können, von denen es gerade nicht höchstwahrscheinlich ist, daß die Masse auf sie reichen werde, während diejenigen, von denen es unzweifelhaft ist, daß sie zur Hebung gelangen, auch nicht mit der Zumuthung einer Sicherheitsleistung zu beschweren sind.

Man hat diese Partikularzahlungen mit Recht als wohlthätig empfohlen *n*), und es kommt nur vor allen dar-

---

m) Thibaut P. R. §. 1225.
Mevius Decis. III. 141.
Voet ad pand. L. 20. Tit. 4. §. 10.

n) v. Gönner im Entw. eines Gesetzbuchs über d. gerichtl. Verfahren 2ter Bd. S. 795. Ferner in dem Commentar über das bayer. Hyp. Gesetz I. S. 551.
Mittermaier der gem. deutsche bürgerl. Prozeß ꝛc. III. S. 220.

darauf an, daß dabei nach richtigen Grundsätzen verfahren werde. Wenn die Frage ist, wem die Wohlthat dieser Befriedigungsart zu Theil werden kann, so leuchtet es von selbst ein, daß hierbei soweit die Forderungen gleiche Rechte haben, kein Gläubiger vor dem andern dießfalls begünstigt werden darf. Hierin wird man also Hrn. v. Gönner unbedenklich beipflichten. Es kommt aber auch nicht gerade darauf an, daß — und dieß ists, worin man ihm nicht beipflichten kann — einer Forderung vor der andern von dem Gesetz ein bestimmter Vorzug eingeräumt sey, so daß ein bevorzugter Gläubiger, der sein Recht durch klare gerichtliche Dokumente beweisen kann, darum allein seine ungesäumte Befriedigung fordern könnte. Es muß vielmehr immer als Regel gelten, daß auch der bevorzugte Gläubiger warten muß, bis alle übrige, auch die minderbevorzugten, ihre Forderungen richtig gestellt haben oder bis der ganze Concurs durch Prioritätsurtheil rechtskräftig entschieden, auch sonst die Sache dahin gediehen ist, daß man über den Zustand der Passivmasse und vor allen auch der Activmasse soweit klar ist, daß man nicht zu besorgen hat, entweder eine übereilte Zahlung zu machen, oder den Empfänger ohne Noth mit Cautionen zu belästigen, die manchem die Wohlthat ungenießbar machen können. Auf das Privilegium der Forderung kommt es also nicht an, noch weniger würde ich mit Hrn. v. Gönner besorgen, die Rechte der privilegirten Gläubiger zu verletzen, wenn ich sie bis zur ordnungsmäßigen Finaldistribution warten ließe, weil sie — privilegirte sind. Alles kommt ohne Zweifel auf das Daseyn folgender Umstände an.

§. 188.

Fortsetzung.

Die Forderung, welche vor der endlichen Vertheil-

lung der Masse gänzlich bezahlt werden oder worauf eine Abschlagszahlung geschehen soll, muß

1) vollkommen liquid seyn. Dieß ist aber allein noch nicht genug, sowenig als daß sie privilegirt ist; denn die liquide und privilegirte Forderung kann leer ausgehen. Es muß vielmehr

2) unzweifelhaft, nicht bloß wahrscheinlich seyn, daß bei der Finaldistribution dieselbe zur Hebung gelangen, oder wenn nur von einer Abschlagszahlung die Rede ist, daß auch im schlimmsten Falle soviel auf sie treffen werde, als sie jetzt erhält. Endlich wird noch (eine Hauptrücksicht, die durchaus nicht ausser Acht gelassen werden darf) vorausgesetzt

3) daß der gemeinsamen Masse dadurch kein fruchttragendes Kapital entzogen wird, dessen Abnutzungen ihr zuwachsen. Denn ist der Zinsenlauf während des Concurses gehemmt, was zwar gegen das gemeine Recht *o*), jedoch partikularrechtlich ist, so kann kein Gläubiger durch einen Vorempfang sich in die Lage versetzen, wenigstens einen Theil seines Kapitals nutzen zu können, während seine Mitgläubiger das ihrige todt in der Masse liegen lassen müssen. Nach sächsischem *p*), preußischem und bayerischem Recht wird der Zinsenlauf in der Regel mit Ausnahme gewisser vorzüglicher Forderungen durch die Concurseröffnung sistirt. Nach der preußischen Concursordnung *q*) haben die Hypotheken- und Faustpfandgläubiger und in Bayern *r*) bloß die erstern das

---

o et *p*) J. G. Schaumburg princ. prax. jurid. L. II. Cap. 8. §. 16., et nota **).

q) A. G. O. I. Tit. 50. §. 152.

r) Prioritätsordnung vom 1. Jun. 1822. §. 16.

Recht, daß ihre Zinsen während des Concurses fortlaufen, indeß rücksichtlich aller übrigen Forderungen der Zinsenlauf durch die Concurseröffnung gehemmt wird. Ist folglich hier ausgemacht, daß eine solche rücksichtlich der Zinsen also begünstigte Forderung nach der Beschaffenheit der Masse zum Zuge kommt, so ist es nicht nur nicht bedenklich, sondern sogar Pflicht der Gerichte, dafür zu sorgen, daß die in der Masse vorräthigen Gelder zur Befriedigung des so privilegirten Gläubigers verwendet werden. Selbst wenn die Zulänglichkeit der Masse für eine oder die andere Forderung noch nicht über allen Zweifel feststehen sollte, wäre gleichwohl die Bezahlung gegen hinlängliche Sicherheit anzurathen. Wenn vollends die Gelder nur zu geringern Prozenten etwa bei der Bank oder sonst bei einem öffentlichen Institut angelegt wären, oder wohl gar müssig in deposito lägen; so würde der Vortheil dieser Zahlung und zwar nicht sowohl für die befriedigten Hypothek- resp. Pfand-Gläubiger, als vielmehr für die nicht befriedigten entschieden seyn, weil die Masse jenen vielleicht 5 Prozent bezahlen muß, während sie etwa nur drei Prozent erhält. Wäre aber auch dieß nicht der Fall, so riethe doch schon die Klugheit den Gerichten, sich nicht ohne Noth einer bedenklichen und gefahrvollen Aufbewahrung oder Verwaltung für die Massegelder zu unterziehen, oder wenn selbige den Curatoren überlassen werden, sich einer verantwortlichen Controle auszusetzen, während die Bestände weit zweckmäßiger denjenigen Gläubigern, die darauf unbestreitbar Anspruch haben, und welchen ohnehin die Vortheile der freien Verfügung über ihr Vermögen nicht ohne Noth entzogen werden sollen, überlassen werden können.

Dieß wären also die Voraussetzungen, unter welchen theilweise Befriedigungen der Gläubiger nicht nur ohne Bedenken, sondern sogar mit Vortheil geschehen

können; und hier wird man unter mehrern gleich qualifizirten Ansprechern auf den bedürftigern billig vorzüglich Rücksicht nehmen. Aber den bedürftigen Gläubiger, bloß weil er bedürftig ist, zu befriedigen, das könnte sich nur ein heiliger Crispin, aber kein Richter erlauben, ja kaum ein Gesetzgeber.

Unter die Partikularzahlungen in dem angegebenen Sinne kann man übrigens durchaus nicht die Schulden der Masse oder diejenigen Verpflichtungen rechnen, die zum Besten der Gläubiger-Gesammtheit von dem Curator contrahirt wurden. Denn daß diese vor allen, sobald nur das dazu benöthigte Geld vorhanden ist, weggerichtet werden müssen, versteht sich eben so von selbst, als die Befriedigung derjenigen, die ein Separationsrecht haben, und welche eben so wenig das Ende des Concurses, der sie nichts angeht, abzuwarten brauchen.

§. 189.

IV. Von zweckmäßiger Sonderung der Akten s) und 1) deren Nothwendigkeit überhaupt.

Eine große Verwirrung im Concursverfahren kann aus einer zweckwidrigen Anlegung und Führung der Akten entstehen. Es gibt aber auch in keiner Prozeßart mehr Anlaß zu dieser Verwirrung und man muß nirgends mehr wegen der daraus entstehenden Gefahr auf seiner Hut seyn, als eben im Concursprozesse, in welchem mehr geschrieben wird, mehr ungleichartige Dinge vermischt behandelt werden, als in irgend einem

---

s) Krafft über den C. P. §. 160 ff.

Martin im Magazin für den bürg. Prozeß I. S. 125 ff.

Dabelow vom Conc. der Gl. S. 771 ff.

v. Gönners Handb. IV. n. 82. §. 35.

andern Rechtsstreite. Dagegen werden die voluminösesten Concursakten, wenn sie zweckmäßig geordnet sind, und ein das Auffinden dessen, was man sucht, erleichternder Mechanismus dabei angewendet wird, von dem Referenten leicht einstudirt, während er in andere, die vielleicht nur halb so bändereich sind, denen aber System und Ordnung abgeht, sich so schwer findet, als der Leser in ein unordentlich geschriebenes Buch, wenn dieses auch gerade kein dickes ist. Es kann indessen auch bei Anlegung der Concursakten eine gewisse planmäßige Ordnung beobachtet seyn, die jedoch für ihren Zweck nicht richtig erwogen ist und darum wenigstens nichts zur Erleichterung des Aktenlesers beiträgt. Ich rechne hieher die Anlegung bloßer Generalakten, wo die einzelnen Produkte ohne Unterschied ihres Gegenstandes nach der Zeitfolge ihres Einkommens bei Gericht an einander gereiht werden. Sie sind genau genommen, nicht viel besser als unordentlich geführte Akten, schon darum, weil hier die ganze Regelmäßigkeit in der Beobachtung der chronologischen Ordnung besteht, die aber für das Aufsuchen und Wiederfinden gar keinen Anhalt gibt. Eben so zweckwidrig wäre eine zuweit getriebene Zerstückelung.

Wenn nun aber die wesentlichste Rücksicht bei Anlegung der Akten die ist, nicht bloß das Verhandelte aufzubewahren, sondern auch das Auffinden dessen, was man sucht, also den Gebrauch der Akten zu erleichtern, und wenn auch zugleich die receptive Ordnung von entschiedenem Einfluß auf die produktive ist, da eine auf unvollständig eingesehene Akten gebaute Entschließung nur zufällig gut seyn kann: so führt dieses von selbst zu der Ueberzeugung von der Nothwendigkeit einer zweckmäßigen Einrichtung und Abtheilung der Akten für die Regelmäßigkeit und Förderung des ganzen Geschäftsganges. Ueberhaupt wird kein bewährter Geschäftsmann

darum, weil die Ordnung in Führung der Akten und des Registraturwesens zum Mechanischen des Geschäftsganges und zum s. g. kleinen Dienst gerechnet wird, sich zu der wegwerfenden Vorstellung verleiten lassen, daß hier von einer Sache die Rede sey, die nur den Subaltern im Dienste der Justiz angehe und also nur für diesen Interesse haben könne *t*).

§. 190.

2) Einige von den bis jetzt gemachten Vorschlägen.

Martin schlägt a. a. O. vor, nur Verhandlungen über **denselben Gegenstand** miteinander in **demselben Aktenbande** zu vereinigen, die verschiedenartigen Aktenstücke aber davon zu trennen, so daß jede eigene Gattung von Geschäften einen eigenen Aktenband einnehme. Diesem Vorschlage kann ich darum nicht beipflichten, weil ich besorge, daß man so, während man den Nachtheil des Generalisirens zu vermeiden sucht, dem entgegengesetzten des allzuweit getriebenen Specialisirens sich aussetzen möchte. Denn nach jener Regel (wenigstens könnte man sie leicht so deuten) würden fast über jedes besondere Geschäft, wie z. B. über die Siegelung, die Inventur, die Bestellung des Curators, den Manifestationseid, den Sühneversuch und so unzählige Gegenstände, die größtentheils doch ein organisches Ganzes ausmachen, einzelne Akten angelegt werden müssen, wovon überdieß mancher Band vielleicht nur aus etlichen Blättern bestünde. Soweit darf

---

t) Man kann über die nothwendige Kenntniß des mechanischen Dienstes bei der Rechtspflege auch für die scientive Praxis meine Schrift: der Geschäftsmann in Gegenständen der öffentlichen und Privatrechts-Praxis (Erl. 1818. 8.) S. 215 ff. vergleichen.

das Absondern nicht getrieben werden, wenn nicht wiederum die Uebersicht gestört, auch die Repertorien und die Arbeiten der Registratoren unnöthig erweitert und vermehrt werden sollen. Zwischen der Methode des Generalisirens aller Akten, die oft nur in einer gewissen trägen Befolgung des Althergebrachten ihren Grund hat, und dem zu weit getriebenen Specialisiren, d. h. Zerreißen aller zusammengehörigen Gegenstände, muß die richtige Mittelstraße gehalten werden. Krafft ist a. a. O. in den letzten Fehler gefallen und seine Methode ist schon darum nicht unbedingt zu empfehlen, weil sie ohne gehörige Rücksicht auf die drei Hauptabtheilungen mehr auf eine chronologische als systematische Ordnung hinausläuft. — Der Concurs, dessen Hauptcharakter in dem Prinzip der Allgemeinheit seine Grundlage hat (§. 20.), beruht einmal auf einer cumulativen Behandlung mehrerer Gegenstände und in einer vereinigten Besorgung der Interessen Mehrerer. Man muß es daher auch nicht zulassen, daß mehrere ein Ganzes ausmachende Geschäfte, da sie zusammen oder doch in einer Verbindung miteinander, z. B. die Inventur mit der Siegelung, der Manifestationseid mit der Inventurhandlung vorgenommen werden, bei der Sammlung der Schriften darüber getrennt werden, weil sonst ein, die Uebersicht störendes, mithin schädliches oder doch zweckloses Zerreißen des Zusammengehörigen verursacht werden würde. Von Gönner geht von zwei Grundsätzen aus: a) die Conc. Akten müssen als ein Ganzes angeordnet seyn; b) jeder eigenen Gattung von Geschäften, wobei mehrere Handlungen vorkommen, muß ein eigener Aktenbund gewidmet werden. Ich halte mich nicht länger bei diesen Vorschlägen auf, um mich nicht bei der Sache zu lange aufhalten zu müssen.

§. 191.

3) Vorschlag des Verfassers.

a) Das leitende Prinzip.

Das Prinzip, von welchem bei der mechanischen Behandlung der Conc. Akten ausgegangen werden muß, wird durch den Zweck dieser Schriftensammlung selbst geboten, der kein anderer ist als: das Verhandelte für den fernern bequemen Gebrauch immer gegenwärtig zu erhalten. Dieser bequeme Gebrauch ist bedingt durch eine, das Auffinden erleichternde Ordnung, und die beste ist ohne Zweifel wohl diejenige, welche dem Gange des Verfahrens selbst nach seinen verschiedenen Zweigen und Abtheilungen folgt, hier also nicht zusammenfügt, was im Verfahren getrennt, und nicht trennt, was zusammen behandelt wird. Vor allen bietet sich nun hier der Umstand der Betrachtung dar, daß alle Operationen des ganzen Prozesses auf drei verschiedene Gegenstände abzielen, die sich eigentlich schon mit der einfachen Vorstellung des Zwecks dieser Prozeßart zu erkennen geben. Es soll nämlich

unter eine Masse von Fordernden — eine Masse von Vermögen — vertheilt werden.

Hiernach erscheint die Nothwendigkeit von selbst gegeben, aus den sämmtlichen Concursakten vor allen drei Abtheilungen zu formiren, deren erste die Schuldenmasse, die zweite die Vermögensmasse, die dritte die Vertheilung der letztern unter die erstere zum Gegenstande hat. Allein die Masse der hier zu bearbeitenden Gegenstände ist noch immer zu groß, besonders bei bedeutenden Concursen und nach diesen muß doch immer die Regel formirt werden, als daß mit dieser Hauptabtheilung allein der Zweck erreicht wäre. Darum müssen nach Umständen weitere oder Unterabtheilungen gemacht

werden, wovon einige wieder Gen. Akten sind, weil auch bei ihnen wieder mehrere Gegenstände cumulativ behandelt werden z. B. bei der Vermögensbeschlagnahme, andere aber rein die Natur von Spezialakten haben. Nur darf man sich, wie auch v. Gönner a. a. O. schon erinnert hat, die Spezialakten nicht als unabhängig von den Generalakten, sondern nur in Verbindung mit selbigen denken, wovon sie eigentlich Beilagen ausmachen.

Vielleicht ist folgende im Wesentlichen auch von der preuß. G. O. *u*) beobachtete Ordnung der General- und Spezialakten zweckmäßig.

§. 192.
b) Plan.

Zuvörderst theilen sich also die Akten eines Concursverfahrens in General- und in Spezialakten ein. Die letztern haben vor andern Prozeßakten nichts besonderes, indem hier ein Gegenstand zwischen zwei Parteien verhandelt wird. Die General-Akten enthalten die im Geiste des Concursprozesses cumulativ behandelten Gegenstände verschiedener Art; doch können diese nach Beschaffenheit des Umfangs eines Gegenstandes in einzelne Aktenbände (Spezialakten im weitesten Sinne des Worts) abgetheilt werden, besonders wenn der Gegenstand der Verhandlung weitläufig ist. Alles kommt hiebei auf das, mit Rücksicht auf den Zweck (§. 191.) sich äussernde vernünftige Ermessen an.

Dem Concursprozeß pflegen ausser den Schuldklagen und Prozessen einzelner Gläubiger häufig mehrere gleichzeitig gemacht werdende Anträge mehrerer Gläubiger auf

---

u) Thl. III. Tit. 5. §. 43.

provisorische Einschreitungen gegen den Schuldner vorauszugehen, welche von der gemeinschaftlichen Ueberzeugung der Vermögensunzulänglichkeit (materieller Concurs) ausgehen und gewisse Maßregeln im Interesse dieser Gläubiger fordern. Auch geschieht es, daß der Schuldner, wenn er von mehreren Gläubigern gedrängt wird, durch Unterhandlungen mit denselben und Veranlassung gerichtlicher Verwendung sich wenigstens auf eine Zeit lang Ruhe zu verschaffen sucht. Man pflegt diesen Zustand und die deßfallsigen gerichtlichen Verhandlungen hie und da mit dem Namen der Behandlung eines Debitwesens zu belegen, um den zwischen dem Verfahren in simpeln Schuldklagsachen und dem Concurs eintretenden Zwischenzustand zu bezeichnen, der in der That, besonders dann existirt, wenn der Schuldner es nicht zur Concurseröffnung kommen lassen will. (§. 28.) Es scheint, daß der Ausdruck, das was in der Sache selbst nicht gebessert werden kann, aber doch zu hart klingt, wenigstens den Worten nach mildern soll. — Sofern als bei diesem Verfahren es auf die Frage ankommt, ob der Concurs zu eröffnen oder nicht, bezeichnet man dasselbe mit der Benennung des präparatorischen.

A. Dieses präparatorische oder Präliminar-Concursverfahren besteht nur aus Generalakten, die aber nach Befinden nach Unterabtheilungen abgesondert werden können, und dann in der erst bemerkten Bedeutung eine Art von Spezialakten, jedoch nicht im eigentlichen Sinne (conf. B. II.) ausmachen. Wird bei diesem Verfahren die Frage erörtert; ob der Concurs zu eröffnen? so gehört die deßfallsige Verhandlung zu diesen Generalakten, weil hierbei eine cumulative Verhandlung mit mehrern Gläubigern Aufgabe des Verfahrens und der eigentliche Concurs noch nicht eingetreten ist. Dieses Präliminarverfahren kommt, bald mit kürzerer, bald mit

längerer Dauer, bei jedem Concurse vor. Es ist natürlich kürzer, wenn der Schuldner selbst sein Unvermögen angibt; länger und weitläufiger, wenn die Provokation auf Concurs-Eröffnung von den Gläubigern erfolgt und derselben von dem Schuldner widersprochen wird.

Auch die übrigen Verhandlungen, wegen provisorischer Sicherheitsvorkehrungen auf Antrag der Gläubiger, ferner wegen Abwendung des Concurses durch Vergleich gehören hieher. Hat der Schuldner auf ein Moratorium angetragen, und sind darüber Verhandlungen gepflogen worden, so gehören auch diese zu den Präliminar-Akten, sie werden jedoch, wenn nicht das Moratorium auf eine sehr kurze Verhandlung entschieden, oder der Schuldner damit gar a limine abgewiesen worden, als Spezialakten in dem bemerkten weitern Sinne des Worts in einem eigenen Faszikel gesammelt, sowie überhaupt auch, wenn über die übrigen einzelnen Gegenstände z. B. die provisorisch verfügte Vermögensbeschlagnehmung weitläufige Erörterungen nothwendig werden, auch darüber solche Spezial- oder Unterabtheilungen von Gen. Akten anzulegen sind, welche folgendermassen rubrizirt werden können:

a) Acta gen. des . . . Gerichts . . . das Schuldenwesen des N. in specie Vol. I. das von demselben nachgesuchte Moratorium betr.

b) . . . . . . in specie Vol. II. die von demselben beantragte Vergleichsverhandlung mit seinen Gläubigern betr.

c) . . . . . . in specie Vol. III. die Provocation seiner Gläubiger auf Concurs-Eröffnung betr. u. s. w.

Die letztern und überhaupt das ganze Präliminar-Verfahren schließt sich mit dem Dekret über die Eröffnung oder Nichteröffnung des Concurses, sobald dasselbe

oder die auf ein dagegen eingewandtes Rechtsmittel erfolgte höhere Entscheidung die Rechtskraft beschritten hat. Fällt die rechtskräftige Entscheidung auf Abweisung der auf Concurs provocirenden Gläubiger aus, so sind natürlich mit der Präliminarsache zugleich alle weitere Verhandlungen im Wege des Concurses zu Ende.

B. Eigentliche Concursakten.

I. Generalakten.

Erste Abtheilung: über die Constituirung der Passivmasse. Sie haben die allgemeinen, alle Gläubiger betreffenden Verhandlungen über die Richtigstellung der Forderungsrechte rücksichtlich ihrer Liquidität und Priorität zum Gegenstande; sie fangen auf den Grund des Concurseröffnungsdekrets mit der Edictalcitation an, und schließen sich mit dem Classificationsurtheil und dessen Verkündigung. Sie begreifen also insbesondere 1) die öffentliche und Privat-Vorladung der Gläubiger und sonstigen Ansprecher an das abgetretene Vermögen, 2) die Aufstellung des Contradictors, 3) das Liquidations-Protokoll, 4) die Verhandlung über den Vergleichsversuch und wenn dieser fehlschlägt, 5) den Exceptionssatz des Contradictors, 6) die Replik- und Duplikverhandlungen, 7) das Beweisverfahren, 8) die Inrotulation der Akten, 9) das Classifications-Erkenntniß und dessen Verkündigung, 10) die Instruction der dagegen eingewandten Rechtsmittel, 11) die Erkenntnisse der höhern Instanzen. Mit der Rechtskraft des Classif. Urtheils schließen sich diese Gen. Akten.

Da wo nach einer andern (§. 175.) und zweckmäßigern Form verfahren wird, fallen die Gegenstände num. 3. 5. 6. 7. bei den Gen. Akten aus. Die Stelle von num. 3. vertritt vorläufig ein bloßes Connotations-Protokoll, worauf in abgesonderten Terminen die Liquidations-

oder Verifikations-Protokolle über jede Forderung besonders sowie hiernächst die Erklärung des Contradictors und der Gläubiger, dieser vornämlich rücksichtlich der Priorität, aufgenommen werden. Die hiernach streitig gebliebenen Posten werden einzeln in Specialprozessen zur Instruction gezogen, und erst wenn diese alle (oder mit Rücksicht auf die Separationsmethode bis auf diejenigen, die eine weitaussehende und rücksichtlich der Zweckmäßigkeit bedenkliche Erörterung fordern — §. 183. —) spruchreif instruirt sind, treten wieder im Wege der General-Verhandlung die Momente num. 8. und 9. ein. Damit schließen sich die Gen. Akten dieser Section. Denn wenn gegen das Erkenntniß Rechtsmittel eingewandt werden, so gehören die Verhandlungen darüber in die Spezialakten über die einzelnen Liquidate, da sie nur diese zum Gegenstande haben. Erstere oder die Gen. Akten werden überschrieben:

Acta gen. des rc. Gerichts zu N. den Concurs über das Vermögen des N. — Sectio I. die Constituirung der Passivmasse betr.

Zweite Abtheilung: über die Constituirung der Activmasse. Diese Akten enthalten alles, was die definitive Beschlagnehmung, Ausmittelung, Verwerthung und Verwaltung des Vermögens betrifft, folglich: 1) die Verhandlungen über die interimistische und dann definitive Aufstellung des Massevertreters, 2) die Versiegelung, 3) die Beschlagnehmung der Activforderungen, 4) die Ableistung des Manifestationseides, 5) die Erlassung des offenen Arrests, 6) die Inventur und Taxation der Mobilien, 7) die Auction derselben, 8) die Abschätzung und Subhastation der Immobilien, 9) die über die Vermögensverwaltung nöthigen Verhandlungen und Beschlüsse, 10) die Rechnungen über die Masse; ferner 11) die Einleitungen wegen der zum Besten der

Activmasse zu führenden Rechtsstreite (diese selbst gehören, wenn sie bei dem Concursgericht verhandelt werden, zu den Spezialakten), 12) die Verhandlung über die Competenz des Gemeinschuldners, kurz alles was auf den Zustand der Vermögensmasse Einfluß hat.

Ist der Concurs von bedeutendem Umfange, so können über mehrere dieser einzelnen Rubriken, die sich nach den Umständen noch mit andern Gegenständen vermehren, wie ad A. abgesonderte Akten-Faszikel angelegt werden. Auf jeden Fall muß über die Schätzung und Subhästation der Immobilien ein abgesonderter Aktenband formirt werden, da die deßfallsigen Verhandlungen ihres größern Umfangs wegen und zur bessern Uebersicht diese Separation nothwendig machen. Streitigkeiten zwischen dem Massecurator und einem Dritten z. B. über Forderungen der Masse, aus der paulianischen Klage u. s. w. machen ohnehin eigene Spezialakten aus, und nur die Ergebnisse im allgemeinen werden remissiv zu den Generalakten verzeichnet. Diese Gen. Akten werden überschrieben:

Acta gen. etc. Sectio II. die Constituirung der Activmasse betr.

und bei Absonderungen derselben:

Acta gen. etc. Sectio II. die C. d. A. M. in specie die Subhastation der Immobilien betr.

Dritte Abtheilung: über die Distribution der Masse. Diese G. A. begreifen alle im Laufe des Concurses geschehenen Zahlungen, sowohl für Bedürfnisse der Masse als an einzelne Gläubiger im Wege von partikulären Befriedigungen (§. 187.). Ein Hauptstück dieser Akten ist aber der Distributionsbescheid, den man mit Unrecht für eine unnöthige Formalität hält *v*).

---

v) v. Gönner Entw. e. Gesetzbuchs 2c. II. S. 810.

Denn das Classifikations-Erkenntniß kann dessen Stelle nicht vertreten, eben so wenig eine bloße Rechneroperation. Jenes spricht nur aus, welche Gläubiger und wie sie an der zu theilenden Masse partizipiren sollen; es enthält aber nicht und kann gewöhnlich aus Mangel der hergestellten Vermögensmasse nicht enthalten, was nun jeder wirklich bekommt. Dieß spricht erst das Distributionserkenntniß aus, indem es festsetzt: 1) was nun theilbares Vermögen ist, 2) was ein jeder Gläubiger aus dem Concurs zu fordern hat (nach der Locatoria), 3) was er wirklich bekommt, 4) was er verliert. Dieß auszusprechen ist Sache des Richters, nicht eines bloßen Rechners, und es ist eigentlich mit der darauf folgenden Zahlung die Schlußhandlung des Ganzen. Jetzt erst werden alle Concursakten reponirt.

Alle diese Gen. Akten (der I. II. III. Abtheilung) sind sogleich nach Eröffnung des Concurses anzulegen und die einzelnen Protokolle und Schriften gleich wenn sie einkommen, so wie die Concepte der ausgehenden Verfügungen in die überschriebenen Tekturen sofort einzulegen und einzuheften.

II. Spezialakten.

Ausser den Verhandlungen, die sich zu einer abgesonderten Sammlung oder zu Spezialakten im weitern Sinne des Worts eignen, und die sowohl bei den Akten über die Constituirung der Passiv- als der Activmasse nach Umständen wohl auch bei der Distribution vorkommen, (hier nämlich bei weitläufigern Verhandlungen über Partikularzahlungen an einzelne Gläubiger) tritt aber wohl bei jedem Concurse der Fall ein, daß einzelne Forderungen rücksichtlich der Richtigkeit oder der Befriedigungsordnung streitig sind und daher zur besondern Instruction zwischen dem Liquidanten als Kläger und dem

Contradictor resp. den betheiligten Gläubigern als Beklagten, gezogen, folglich darüber eigene Akten formirt werden müssen. Und dieß sind auch die Spezialakten im engsten oder eigentlichsten Sinne des Worts. Sie erfordern schlechterdings ohne alle Rücksicht auf ihren Umfang besondere Anlegung. Diese Spezialakten enthalten auf der Ueberschrift die besondere Forderung mit Hinweisung auf die Nummer im Liquidations-Protokoll, das bei den General-Akten I. sich befindet, wie folget:

Acta den Concurs über das Vermögen des N. betreffend; ad Sect. I.
In Betreff der Liquidität (Priorität) der Forderung von 1000 fl. des N.
Liquidatum XI.

Ich setze, wie sich von selbst versteht, hier überall voraus, daß nicht eine andere Methode der Prozeßverhandlung selbst eingeführt ist, und beziehe mich deßfalls auf das vorhin zur 2. Aktenabtheilung Bemerkte.

§. 193.

4) Besondere Erinnerungen zur Erhaltung der Ordnung.

Da sämmtliche auf die bemerkte Weise classifizirte Akten ohnehin in das Repertorium der Concursprozesse einzutragen sind, so ist dadurch der Besorgniß, daß ein oder der andere Faszikel abhanden oder doch ausser Acht kommen möchte, vorgebeugt. Allein zur bessern Uebersicht und zur Erleichterung des Gebrauchs der Akten ist es diensam, dem ersten General-Volumen jeder Abtheilung einen Auszug des betreffenden Blattes des Repertoriums vorzuheften. Ausserdem muß jedem einzelnen Faszikel ein vollständiges Verzeichniß seines Inhalts (Rotulus, Renner, Produktenverzeichniß) vorgesetzt werden. Ferner sind die Akten gehörig nach der Zahl der

Stücke zu numeriren (quadranguliren) und nach der Zahl der Blätter zu bezeichnen (foliiren) dann zu heften; auch ist, wenn ein Band zu einer gewissen Stärke angewachsen, wo es thunlich ist, mit Rücksicht auf den von der Materie an die Hand gegebenen Abschnitt, ein neuer Band oder Faszikel (was hier als gleichbedeutend genommen wird) anzulegen. Geheftete Akten, besonders von einiger Stärke, haben allerdings einige Unbequemlichkeit für den Leser und ein Convolut lose zusammengelegter einzelner Piecen ist bequemer zu lesen und zu extrahiren. Allein man darf nur dafür sorgen, daß die Bände nicht zu dick werden; dann wird aber auch die kleine Unbequemlichkeit, mit einem stärkern Band umgehen zu müssen, durch die ausserdem oft unvermeidliche Mühe des Wiederaufsuchens eines einzelnen, ungehefteten Blattes oder Bogens, das sich bei einem mit Akten-Arbeiten stark beladenen Geschäftsmanne leicht verschieben kann, und noch mehr durch die Gefahr des Verlierens weit überwogen.

Wird die vorstehende Ordnung beobachtet, so ist aus der größern Zahl der Aktenbände die Verwirrung nicht zu besorgen, die sich mancher dabei vorstellt. Im Gegentheil dient diese Sonderung sehr zur Erleichterung des Aktengebrauchs, indem der Referent oder wer sonst sich aus den Akten zu informiren hat, aus 20 bis 30 einzelnen Faszikeln, (und wären es auch noch mehr) leicht denjenigen herausfindet, den er bedarf, zumal wenn sie gehörig überschrieben sind und etwa noch ein oder das andere Erleichterungsmittel des Aufsuchens angewendet wird, allenfalls durch eine verschiedene Farbe des Papiers zum Umschlage, oder durch Beifügung einer Etikette (eines aus den Akten hervorragenden schmalen Papierstreifens) ꝛc. Er wird wenigstens leichter manipuliren, als wenn er 6. und mehr dicke Volumina durchsuchen muß, in welchen kein System und keine

Ordnung ist, als die Aneinanderreihung nach der Zeitfolge. Die Vermehrung der Aktenbände vermehrt die Akten selbst nicht; die Papiermasse bleibt die nämliche, man mag sie in mehr oder weniger einzelne Bunde vertheilen. Daß bei kleinen Concursen, so wie überhaupt eine größere Vereinfachung dabei Statt findet, es nicht der Zerlegung in viele Spezialakten bedarf, braucht wohl nicht erst bemerkt zu werden. Aber die Abtheilung nach den drei Hauptsectionen muß, und die Anlegung von Spezialakten über einzelne bestrittene Liquidate sollte wenigstens, immer Statt finden.

Zur Erleichterung der Akten-Separation ist übrigens den Gerichten die Vorsicht zu empfehlen, daß sie schon in den Verhandlungen immer für gehörige Trennung der Gegenstände sorgen, damit nicht z. B. was zur Instruktion der Forderungsrechte gehört, in einer Verhandlung mit Gegenständen der Activmasse-Administration oder der Distribution vorkommt. In dem Protokoll, das darüber aufgenommen wird, darf daher nur der die besondere Section betreffende Gegenstand allein vorkommen oder wo es etwa des Zusammenhanges wegen nicht wohl anders thunlich ist, müssen Abschriften oder Extrakte zu der andern Aktenabtheilung genommen werden.

Achtes Kapitel.

Materialien zu einer einfachen Ordnung des Concursverfahrens, zugleich als Uebersicht der Resultate der bisherigen Erörterungen.

§. 194.

Vorerinnerung.

Ich schließe diesen Abschnitt damit, daß ich — nebenbei zugleich als eine kürzliche Recapitulation der bis-

herigen Erörterungen — Materialien zu einem Entwurf eines einfachern Verfahrens im Concurse, besonders was die Herstellung der Schuldenmasse betrifft, zusammenstelle und Sachkennern zur Prüfung übergebe. Vielleicht ist dieser Versuch nicht bloß von rechtspolitischer, sondern auch von rechtsdogmatischer Seite als ein nicht unwerther Beitrag zur Verbesserung des Verfahrens zu betrachten, da die etwa nicht durch partikularrechtliche Ordnungen gebundenen Gerichte in Ermangelung einer gemeinrechtlichen Concursordnung gerade nicht auf gewisse Regeln beschränkt sind und auch da, wo dergleichen Ordnungen bestehen, den Gerichten, wenigstens was die Einzelheiten des Verfahrens betrifft, gemeiniglich nicht so gemessene Formen vorgeschrieben sind, daß sich nicht von einer solchen auf lange Erfahrung gebauten Anleitung nach den Umständen hin und wieder doch noch einiger Gebrauch für eine zweckmäßigere Behandlung machen ließe.

§. 195.

Verfahren nach der Concurs-Eröffnung und vor dem Liquidationstermin.

1) Der Concurs beginnt mit seiner Eröffnung durch richterliches Dekret und zwar mit der Mittagsstunde des Tages, wo dasselbe den gegenwärtigen Gläubigern und dem Schuldner verkündigt worden. Es ändert in diesem Zeitpunkte nichts, wenn auch gegen die Concurseröffnung appellirt worden, sofern in der höhern Instanz die Bestätigung derselben erfolgt ist.

Diese von der preuß. G. O. entlehnte Bestimmung rücksichtlich eines höchst genau vorgeschriebenen Zeitpunkts ist sehr wesentlich, wenn für die wichtigen Folgen der Concurseröffnung ein über alle Zweifel sich erhebender Entscheidtermin gelten soll. Gewöhnlich nimmt man den

Zeitpunkt der Erlassung der Edictalcitation als Norm an. Allein es ist in Beziehung auf die Verfügungen des Gemeinschuldners, überhaupt auf die totale Veränderung, die rücksichtlich der Rechte desselben an sein Vermögen durch die Concurseröffnung entstehen, von höchster Wichtigkeit, den Anfangstermin mit möglichster Genauigkeit zu bestimmen, da hier selbst eine Stunde entscheidend seyn kann. Die Annahme des terminus a quo von der Zeit der Erlassung der E. C. an, muß daher jedem, der einige Kenntniß von dem Expeditionsgange bei den Gerichten hat, vorweg schon viel zu vag und unbestimmt erscheinen, als daß er die Rechtssicherheit dabei gehörig besorgt halten sollte. Zwar gibt man auch wohl durch die Bestimmung, daß die Zeit der Affixion als Norm diene, der Sache eine minder schwankende Gestalt. Allein auch damit ist nicht viel gebessert, da es damit eben nicht immer sehr genau genommen wird, vielmehr bei dieser Verkündigungsart, rücksichtlich des frühern oder spätern Eintritts der Wirksamkeit des richterlichen Ausspruchs, der Thätigkeit folglich Willkühr bloßer Unterbedienten des Gerichts viel zuviel Einfluß gestattet ist *w*).

2) Der eröffnete Concurs wird öffentlich ausgeschrieben und zwar durch Erlassung der Vorladung an sämmtliche Gläubiger oder wer sonst einen Anspruch an das Vermögen des Gemeinschuldners hat, damit sie in einem bestimmten Termin ihre Ansprüche geltend machen. Diese

---

w) Mehreres, besonders auch zur Beleuchtung der Bedenken gegen den Vorschlag enthält meine Schrift über die bürg. Rechtspflege und Gerichtsverfassung Bayerns S. 388 ff., worauf ich mich der Kürze wegen hier beziehen will. Uebrigens ist die Ediktalcitation ohnehin hauptsächlich nur auf die Bekanntmachung an die unbekannten Betheiligten abgesehen.

Vorladung und Aufforderung erfolgt an die bekannten Gläubiger und sonstigen Berechtigten durch besondere Vorladung. Als bekannt sind diejenigen Gläubiger anzusehen, welche a) in das Hypothekenbuch eingetragen, oder b) im Schuldenstatus des Gemeinschuldners aufgeführt, oder c) deren Ansprüche in der Instruction oder Exekution begriffen sind, endlich d) diejenigen, die sich während der Concursvorbereitungs-Verhandlungen gemeldet haben. Die unbekannten sind durch Edictalcitation vorzuladen, welche durch Aushang an gewöhnlicher Gerichtsstätte, nach den Umständen und der Nothwendigkeit weiterer Verbreitung auch wohl anderwärts, dann durch dreimalige Einrückung in angemessenen Zwischenräumen in die Intelligenzblätter, allenfalls auch in gelesene Zeitungen des Inlandes sowie des benachbarten Auslandes, zu jedermanns Wissenschaft zu bringen ist.

Die meiste Schwierigkeit bei dieser Bestimmung macht die Feststellung des Begriffs vom Bekanntseyn eines Gläubigers oder sonstigen Berechtigten. Durch die vorgeschlagene Modification wird die richterliche Willkühr in angemessene Schranken gewiesen und jedem Zweifel im gegebenen Falle begegnet seyn, ohne daß auf der andern Seite die Verantwortlichkeit der Gerichte unbillig erschwert wird, welches der Fall seyn würde, wenn man alle diejenigen unter die bekannten subsumiren wollte, die vielleicht vor Jahren gegen den Gemeinschuldner fordernd aufgetreten sind.

3) Zur Erleichterung des Geschäfts können die Formularien dieser öffentlichen Vorladung gedruckt werden und es bedarf gerade nicht der besondern Expedirung einer eigenen Vorladung an die bekannten Gläubiger, indem es genug ist, wenn jedem derselben nur ein gehörig vollzogenes Exemplar, es sey in Form eines Circulars oder einer speziellen Ausfertigung für jeden Einzel-

nen, vorgezeigt resp. eingehändigt und daß dieß geschehen, zu den Akten bescheinigt wird. Auch von der Edictalcitation müssen die Bescheinigungen zu den Akten kommen, nämlich durch die mit dem Af- und Refirions-Attest versehenen Exemplare der Patente und durch ein Exemplar der öffentlichen Blätter, in welche die Insertion geschehen ist.

4) Wo es irgend thunlich ist, ist in der Edictalcitation des Betrags der Activmasse *x*), soweit derselbe wenigstens annähernd jetzt schon, etwa aus dem von dem Gemeinschuldner eingereichten und durch die darüber im Vorbereitungs-Verfahren angestellten Recherchen bestätigten Vermögens-Status, sich bestimmen läßt, sowie des Gesammtbetrags der von dem Schuldner angegebenen und der Hypothekforderungen nach dem Inhalte der Hypothekenbücher Meldung zu thun. Diese Bestimmung rechtfertigt sich durch das §. 154. Gesagte.

5) Auch der Gemeinschuldner, wenn er gegenwärtig ist, muß zu dem Liquidationstermin und zu den weitern Verhandlungen über die Richtigkeit der Forderungen unter Androhung der Realcitation (da ein anderes Präjudiz nicht wohl Platz greift, und seine Gegenwart doch wesentlich nothwendig ist) speziell vorgeladen werden. Er ist zugleich anzuweisen, um den Contradictor

x) Den Gläubigern, welche voraussichtlich leer ausgehen, durch Zurückhaltung der dem Gericht bekannten Verhältnisse der Vermögensmasse Anlaß zu eiteln Hoffnungen und Kostenaufwand zu geben, ist wenigstens nicht human, und ganz richtig bemerkt Happel (in seiner Anleit. Conc. Prozesse abzuwenden §. 97.), daß die den Gläubigern verursachten vergeblichen Kosten nicht selten mehr schmerzen, als die vielleicht ohnehin schon für verloren gehaltene Forderung selbst.

die nöthige Auskunft zu ertheilen, sich so oft dieser es verlangt, vor demselben zu stellen.

Ich rechne darauf, daß der Gemeinschuldner von Distinktion sich von selbst freiwillig der Ordnung fügen wird, die man ihm übrigens nach Gelegenheit und Umständen, unbeschadet der Rechtsgleichheit nicht ohne Noth erschweren wird. Fügt er sich aber nicht, so mag er sich nur allenfalls, wie jeder andere, die Folgen seiner Widersetzlichkeit gefallen lassen. Uebrigens ist ein solcher Gemeinschuldner gewöhnlich nicht so bettelarm, daß nicht doch mäßige Geldstrafen Anwendung fänden. Ist er vollends zu einer Competenz berechtigt, so hat man ohnehin die ihm am unbequemsten fallenden Mittel des Zwangs in der Hand.

6) Zu gleicher Zeit mit der Erlassung der Edictalcitation wird, und zwar, wenn es schon vor eröffnetem Concurse provisorisch geschehen, nunmehr definitiv zur Beschlagnehmung des Vermögens nach den oben (§. 145.) angegebenen Modalitäten geschritten. Zu dieser Beschlagnehmung gehört auch die Inhibition an die bekannten Schuldner der Masse, so wie an die Pfandinhaber rc. zur Verhinderung alles weiteren Verkehrs mit dem Gemeinschuldner (§. 148.) Rücksichtlich der unbekannten Gläubiger erfolgt dieses Verbot durch den offenen Arrest, (§. 150.) welcher der Vereinfachung wegen der Edictalcitation einverleibt werden kann.

7) Gleichzeitig mit der Beschlagnehmung bestellt das Gericht interimistisch einen Curator für die Activmasse und aus der Zahl der öffentlichen Rechtsanwälte einen Contradictor, bis hiernächst von der Creditorschaft wegen definitiver Besetzung dieser Funktionen das weitere beschlossen wird. Der Activ-Massecurator ist nebst den etwa am Ort oder in der Nähe befindlichen Gläubigern,

die sich dabei einfinden wollen, bei der Inventarisation des Vermögens zuzuziehen, wobei zugleich mit der Ableistung des Manifestationseides auf Verlangen auch nur eines der Betheiligten zu verfahren. Auch ist wegen des Verkaufs des Mobiliars im Wege der Auction (nach den Bemerkungen oben §. 147.) das Nöthige zu verfügen.

8) Auch die unbeweglichen Güter sind zu taxiren und sub hasta zu stellen, der Versteigerungstermin aber so anzusetzen, daß er einen oder etliche Tage vor dem Liquidationstermine fällt, damit hiernächst die erschienenen Gläubiger mit ihrer Erklärung über den Zuschlag oder die weiter zu ergreifenden Maßregeln vernommen werden können.

9) Bevor sämmtliche Gläubiger zuverlässig bekannt sind, also vor Ablauf des Liquidationstermins und gefälltem Präclusionsbescheide darf keine irgend aufschiebliche Verfügung über die Activmasse, woraus den etwa noch nicht bekannten Gläubigern ein Nachtheil zuwachsen könnte, vorgenommen werden, wenn auch alle bekannte Gläubiger deßfalls einstimmig seyn sollten. Dieß gilt besonders von Veräusserungen ausstehender Activforderungen unter ihrem Nominalwerthe, ferner von der Veräusserung kostbarer Gegenstände, vornämlich der unbeweglichen Güter.

10) Wie es mit Fortsetzung der Wirthschaft, einer Handlung u. s. w. in der Zwischenzeit bis zum Verkauf des Etablissements gehalten werden soll, deßfalls wird sich auf das oben (§. 146.) Gesagte bezogen.

§. 196.

Verfahren im Liquidationstermine.

11) Mit dem Eintritte des Liquidationstermins sind zuvörderst die Bescheinigungen der öffentlichen und Pri-

vatvorladungen (n. 2.) sofern es noch nicht geschehen, zu den Akten zu bringen, und sodann ist, wenn die Gläubiger nicht zu einem Vergleiche geneigt seyn sollten, unverzüglich das Liquidations-Protokoll zu eröffnen.

12) Es ist aber nach Beschaffenheit der Passivmasse, besonders nach der Zahl der Gläubiger ein Unterschied im Verfahren zu machen, und entweder sofort die förmliche Liquidation einzuleiten, oder erst eine vorläufige Connotation der Forderungen vorzunehmen. Alles kommt hiebei darauf an, A. ob das Liquidationsgeschäft mit den übrigen num. 18 und 19 bezeichneten Terminsgegenständen nach der Anzahl der Forderungen voraussichtlich in der, zu rechter früher Tagszeit zu beginnenden und Nachmittags bis zum Ende der gewöhnlichen Gerichtszeit fortzusetzenden, Tagesfahrt ohne schädliche Eile vorgenommen werden kann, oder B. ob das Geschäft eine längere Zeit zu seiner gründlichen Erledigung fordert.

Auf A.

13) In dem erstern Falle sind die Forderungen der Liquidanten einzeln, so wie sie sich melden, nach fortlaufenden und durch die ganze Verhandlung unveränderlich beizubehaltenden Nummern summarisch aufzunehmen, und zwar nach folgenden Daten:

a) Nummer, b) Name, Stand und Wohnort des Liquidanten, und wenn derselbe nicht persönlich erscheint, c) Name und Legitimation seines Anwalts, d) Betrag der Forderung an Kapital, ferner bei verzinslichen Forderungen, e) Zinsquote, f) terminus a quo des Zinsrückstandes, g) dessen Betrag bis zum Tage des eröffneten Concurses.

Wo auch rücksichtlich des Zinsenlaufs durch die Concurseröffnung ein Stillstand nicht eintritt, werden diese,

um ein bestimmtes Berechnungsziel zu haben, gleichwohl vorläufig nur bis zu obigem Zeitpunkte berechnet. Alle geforderte Summen werden der schnellern Uebersicht wegen zur linken Seite des Protokolls ausgeworfen.

h) causa debendi mit Angabe der Beweismittel.

Bestehen diese in Urkunden, so sind die Originalien und beglaubte oder vom Instruenten noch zu beglaubigende Abschriften vorzulegen. Diese sind den Akten, allenfalls in einem besonderen Beilagenband, beizuheften, die Urschriften aber, nach von dem Contradictor genommener Einsicht, dem Liquidanten zurückzugeben.

i) Legitimation zur Sache, da nämlich, wo dieselbe nicht von selbst klar ist, k) Gründe des von dem Liquidanten etwa angesprochenen Vorzugsrechts, l) das Petitum, besonders in Beziehung auf die vorzüglichere Location, m) Bemerkungen, wenn zu dergleichen etwa der Liquidant Anlaß findet.

14) Der Contradictor hat sich bei jedem Liquidat sofort das Nöthige in sein Informations-Protokoll zu notiren.

Bei der ersten Angabe der Forderungen pflegen nämlich alle Gegenwärtige gewöhnlich am aufmerksamsten zu seyn, und es fallen hiebei nicht selten von einer oder der andern Seite Bemerkungen, die für den Vertreter des gemeinsamen Interesse oft nicht gleichgültig sind, in der Folge aber, wo sich die Aufmerksamkeit nach mehreren Richtungen vertheilt, öfters nicht mehr zum Vorscheine kommen. Wenn der Instruent seine Pflicht thut und nicht gegen den Zweck seiner Stellung den bloßen gleichgültigen Zuschauer macht, oder gar Allotria treibt, so kommen ohnehin schon bei der Darlegung der Forderung manche Erörterungen zur Sprache,

die für die Ausmittelung des richtigen Sachverhältnisses nicht selten ergiebigen Stoff enthalten.

15) Jedem Gläubiger ist freizustellen eine mit den obigen Erfordernissen versehene schriftliche Liquidation einzureichen, und es wird sich dann in dem Liquidationsprotokoll bloß darauf bezogen und die liquidirte Post unter den übrigen, mit Hinweisung auf diese schriftliche Liquidation, aufgeführt.

16) Wer bloß einen schriftlichen Liquidationsrezeß einreicht, ohne persönlich oder durch einen Bevollmächtigten zu erscheinen, den trifft zwar, wenn dieß nur vor Ablauf des Termins geschieht und seine Eingabe sonst die Erfordernisse einer gehörigen Liquidation hat, nicht der Nachtheil des Ausschlusses, wohl aber der, daß bei den im Termin vorkommenden zur gemeinschaftlichen Berathung und Schlußfassung ausgesetzten Handlungen seine Stimme nicht gezählt, er also als den Beschlüssen der Mehrheit beitretend angenommen wird.

17) Nach dem Abschlusse des Liquidationsprotokolls trägt der Contradictor sofort auf Präclusion der Ausgebliebenen an, und es erfolgt diese in der oben (§. 165.) bemerkten Art. Auf diese Weise wird man, wenn wirklich "zu rechter früher Tagszeit" mit dem Liquidationsgeschäft angefangen und damit Nachmittags bis zu Ende der gewöhnlichen Gerichtszeit ununterbrochen fortgefahren wird, bei den meisten Concursen, die ja doch immer auf die Kleinbegüterten kommen, mit dieser summarischen Aufnahme in Einem Tage zu Stande kommen.

18) Die weitere Verhandlung mit den Gläubigern betrifft nunmehr die Wahl eines Massecurators und Contradictors statt der von dem Gericht provisorisch ernannten. Ferner wird den sämmtlichen Liquidanten das

Resultat der bisherigen Verhandlungen rücksichtlich der Activmasse vorgelegt, und wo es nöthig ist, deren Erklärung namentlich rücksichtlich des Ausfalls der Immobiliensubhastation vernommen, auch die Wahl eines Ausschusses der Gläubiger (§. 178.) veranlaßt.

19) Eine vorzügliche Aufgabe der schließlichen Verhandlung ist aber der Versuch der gütlichen Beilegung des Concurses, als wozu der gegenwärtige Standpunkt des Prozesses eigentlich der schicklichste ist. Zu diesem Vergleichsversuche kann nach Beschaffenheit der Umstände auch ein besonderer Termin angesetzt und mit den Gläubigern verabredet werden, wovon das Nöthige in dem Protokolle zu bemerken ist, mit der Bedeutung, daß die in diesem Termine nicht Erscheinenden als zustimmend zu den Beschlüssen der Uebrigen würden angesehen werden.

20) Diese Verhandlungen (num. 18. 19.) werden in abgesonderten Protokollen nach den Abtheilungen des Verfahrens und der Akten aufgenommen.

Auf B.

21) In dem zweiten oben (Nro. 12.) bemerkten Falle werden die erschienenen Gläubiger vorläufig bloß connotirt, und man kann sich hiebei zur mehrern Beschleunigung eines Formulars in tabellarischer Form bedienen, welches gedruckt vorräthig ist. Dieses enthält dann kürzlich die Data, wie sie unter Nro. 13. bemerkt sind. In diesem Falle wird zwar mit den übrigen Verhandlungen Num. 18 et 19. gleich wie da, wo das Liquidations-Geschäft schon sofort förmlich vorgenommen wird, verfahren, auch die Präclusion ausgesprochen, die förmliche Liquidation aber erfolgt an andern, mit den gegenwärtigen Interessenten zu verabredenden Terminen, wovon jeder für eine verhältnißmäßig bestimmte Anzahl von Gläubigern anzusetzen ist.

Um jeder Verschleppung vorzubeugen, müssen diese Liquidations- (Verifikations-) Termine im Laufe der nächsten vier Wochen angesetzt werden, und sie leiden durchaus keine Verlängerung oder Verlegung. Die nicht erscheinenden oder nicht gehörig liquidirenden Gläubiger trifft ebenso wie bei Versäumung des ersten Termins der Nachtheil des Ausschlusses. Es ist ihnen dieses besonders zu eröffnen und wie es geschehen, in dem von allen zu unterschreibenden Protokoll wörtlich zu bemerken.

§. 197.

Verfahren nach dem Liquidationstermin.

22) Nachdem die Liquidation auf eine oder die andere Weise (A oder B) erfolgt ist, werden die sämmtlichen Verhandlungen dem Contradictor mitgetheilt und ein Termin ad excipiendum anberaumt. Derselbe darf nicht unter vier und nicht über acht Wochen angesetzt werden, und es hat der Contradictor vor dessen Eintritt dem Gericht seinen Exceptionssatz gegen die Richtigkeit der Forderungen schriftlich einzureichen, und zwar nach der Folgeordnung der Nummern des Liquidationsprotokolls. Dieser Termin, welcher den Zweck hat, den Liquidanten die in dem Exceptionssatze gemachten Einreden zur vorläufigen Nachricht zu eröffnen und was die übrigen Gläubiger etwa dabei zu ergänzen haben, aufzunehmen, (num. 23.) ist den letztern, am Schlusse der Liquidation, zu Protokoll bekannt zu machen, unter dem ausdrücklichen Rechtsnachtheil:

> der Annahme, daß die Nichterscheinenden rücksichtlich der Liquidität den Einwendungen des Contradictors beiträten, rücksichtlich der Priorität aber, daß sie, a) wenn von den erscheinenden Mitgläubigern keine Einwendungen gemacht würden, die Richtigkeit der Thatumstände zugestünden, die der

Liquidant zur Begründung des behaupteten Vorzugsrechts angeführt habe, b) wenn aber dergleichen gemacht würden, daß sie, soweit der Anspruch auch ihnen entgegenstehe, mit den Excipienten gemeinschaftliche Sache machen wollten, selbst wenn das bestrittene Recht theilbar wäre, sofern sie in diesem Falle nicht ausdrücklich und bestimmt das verlangte Vorzugsrecht einräumten.

Ein anderes Präjudiz kann um deßwillen hier nicht eintreten, weil es sich nur um Vorbringung von Einreden, nicht um Vertheidigung dagegen handelt, jene aber soweit sie den Punkt der Liquidität angehen, ohnehin von dem Contradictor anzubringen sind, der Punkt des Vorzugs aber eventualiter auch von dem Richter zu beobachten ist. Die Folge ist 1) was von einem Theile der Gläubiger gegen den Vorzug excipirt wird, kommt auch den übrigen zu Statten, die in gleichem Verhältnisse sind. Wird aber 2) gegen die von dem Liquidanten, zur Begründung des angesprochenen Vorzugsrechts vorgebrachten Thatsachen von den Mitgläubigern überhaupt nichts erinnert, so müssen diese Thatsachen auch von den ungehorsam Ausbleibenden als zugestanden angenommen werden, vorbehältlich ihrer Erheblichkeit zur Begründung der verlangten Priorität nach richterlichem Erkenntniß. In dem Falle ad 1) muß jedoch der nicht beitretende Betheiligte (denn betheiligt muß er immer seyn) die Kosten der gemeinschaftlichen Vertheidigung tragen helfen, wenn er sich nicht durch Anerkenntniß des verlangten Vorrechts vom Streite gänzlich lossagt, vorausgesetzt nämlich, daß die Sache übrigens theilbar ist. Diese Bestimmung ist nothwendig, um schlauen Tergiversanten das Spiel zu verderben, welche etwa die Absicht haben könnten, andere auch für ihr Interesse thätig seyn zu lassen, indeß sie, den Ausgang

ruhig abwartend, bloß die Früchte einernteten, ohne bei einem schlimmen Ausgang für Kosten und Schaden mit verantwortlich zu seyn.

23) In dem Exceptionstermin wird zuvörderst mit den verschiedenen Gläubigern die Einlassung des Contradictors durchgegangen, und was sie excipiendo etwa ergänzend zu bemerken haben, zum Protokoll niedergeschrieben.

24) Hierauf werden die Posten, gegen deren Richtigkeit nichts eingewendet worden, ausscheidend bezeichnet, da rücksichtlich derselben nunmehr das Verfahren über die Liquidität geschlossen ist. Ist für selbige kein Vorzugsrecht angesprochen, so werden sie vor der Hand gänzlich bei Seite gesetzt.

25) Wird der Concurs ohne einen Contradictor verhandelt, so fällt die Einreichung eines Exceptionssatzes von selbst weg, und der Richter hat über die einzelnen Liquidate im Exceptionstermin die Gläubiger abzuhören, die nun ihre Rechte unter richterlicher Leitung selbst zu besorgen haben.

Rücksichtlich des Liquidations- und Prioritätsverfahrens der dießfalls bestrittenen Forderungen erfolgt nunmehr, da ein Vergleich nicht zu Stande gekommen, die weitere Instruction in nachstehender Ordnung, wozu sofort im Exceptionstermin die Einleitung gemacht wird.

§. 198.

a) Einleitung zur Instruction der streitigen Posten.

26) Nachdem der Exceptionsrezeß des Contradictors durchgegangen, die etwaigen accessorischen Erinnerungen der Mitgläubiger über den Liquiditätspunkt vernommen worden und die Ausscheidung des Liquiden vom Illiqui-

den erfolgt ist (Nro. 24.), wird nun in einem besondern Protokoll eine weitere Ausscheidung der einzelnen Posten nach den angesprochenen Vorzugsrechten gemacht, etwa auf folgende Weise:

ꝛc. ꝛc.

"Von den liquidirten Posten verlangen die Location

		fl.	kr.
a) in die I. Classe		fl.	kr.
Num. XL. der R. mit	. . . .	35	37½
Num. LVII. der F. mit	. . . .	25	—
ꝛc. ꝛc.			
	in Summa	196	15
b) in die II. Classe:			
Num. I. der A. mit	. . . .	1300	—
Num. XV. der D. mit	. . . .	975	—
ꝛc. ꝛc.			
	in Summa	12725	30
c) in die III. Classe:			
Num. VII. der J. mit	. . . .	1000	—
Num. X. der M. mit	. . . .	850	30
ꝛc. ꝛc.			
	in Summa	8936	45
d) in die IV. Classe:			
Num. II. der B. mit	. . . .	1050	—
ꝛc. ꝛc.			
	in Summa	6226	20

"Diejenigen Gläubiger, welche gegen das angesprochene Vorzugsrecht der einen oder andern Post Einwendungen machen zu können glauben, werden aufgefordert, sich zu erklären.

"Hierauf erklärten folgende Gläubiger: (sie werden namentlich und mit ihrer Nummer nach dem Liquidat. Protokoll aufgeführt) 1) der N. num. XVI. etc.

daß

daß sie gegen die verlangte Location des D. num. XV. mit 975 fl. in IIda etc. Einwendungen zu machen hätten, und dessen Location in die und die Classe verlangten ꝛc."

Die Gründe weßhalb das Vorzugsrecht dieses oder jenes Gläubigers bestritten, und dessen Ansetzung in eine spätere Classe verlangt wird, brauchen hier noch nicht, oder doch nur ganz kurz und summarisch bemerkt zu werden.

Ist die Vernehmung sämmtlicher Betheiligten mit Entfernung jeder Uebereilung erfolgt, und hat der Gerichtscommissär nunmehr eine vollständige Einsicht erlangt, welche Posten rücksichtlich der verlangten Priorität anerkannt und welche widersprochen sind; so zieht er nunmehr das Resultat des liquidi und illiquidi, spricht es vor den versammelten Interessenten aus und läßt es zum Protokolle niederschreiben, etwa folgendermassen:

"Folgenden Posten soll (respective salva liquidatione) die angesprochene Priorität zugestanden werden, nämlich ꝛc.

Dagegen sind rücksichtlich der Priorität (resp. auch nach hergestellter Liquidität) widersprochen, folgende Posten:

	Verlangte Classe.	Zugestandene Classe.
Num. XV. D. mit 975 fl.	II.	III.
Num. LX. U. mit 5000 fl.	II.	post omnes.
Num. VII. J. mit 1000 fl.	III.	V.
Num. XLII. P. mit 2000 fl.	III.	V.
Num. XIX. T. mit 800 fl.	IV.	V.
Num. III. W. mit 100 fl.	V.	p. o.

27) Da jetzt alle Forderungen bekannt sind, auch feststeht, a) welche Posten rücksichtlich der Liquidität und Priorität anerkannt, oder b) rücksichtlich beider widersprochen, oder c) rücksichtlich der Liquidität anerkannt und rücksichtlich der Priorität widersprochen oder d) umgewandt; so wird nunmehr in den drei letzten Fällen das Spezialinstructions-Verfahren, beziehungsweise mit dem Contradictor und den betheiligten Gläubigern, eröffnet. Weil indessen, was das Vorzugsrecht anlangt, nicht alle Gläubiger gleichbetheiligt sind, da diejenigen, deren Vorzugsrecht mit der verlangten Location auch nicht eventualiter in Collision kommt, kein Interesse haben, sich in den Prioritätsstreit einzulassen; so erfordert die Zweckmäßigkeit des weitern Verfahrens eine besondere Operation zur Vorbeugung zweckloser Contradictionen und Verwirrungen der Interessen. Es müssen nämlich wider jeden Liquidanten, dessen Vorzugsrecht widersprochen wird, besondere Streitgenossenschaften aus den ihm gegenüber eigentlich betheiligten Gläubigern formirt und diese zur Aufstellung eines gemeinschaftlichen Anwalts als Prioritäts-Contradictors aufgefordert werden.

Dieses Geschäft der Regulirung der streitenden Parteien fordert die höchste Umsicht und genaueste Ueberlegung. Es dürfen sich aber auch Richter und Parteien die darauf verwendete Zeit und Mühe nicht gereuen lassen, wofür der regelmäßigere Gang des weitern Verfahrens reichlich lohnt. Sollte daher, was bei weitläufigen Concursen, wo viele vorzugsrechtliche Forderungen gemacht werden, nicht selten der Fall seyn dürfte, besonders wo unvollkommene Prioritätsordnungen die Rechtsverhältnisse trüben, dieser Gegenstand in dem Exceptionstermin nicht vollständig erörtert werden können; so muß dieß in einem eigens dazu anberaumten Termine geschehen, und es darf rücksichtlich der Prioritätsstrei-

tigkeiten nicht eher eine Instructionsverhandlung eingeleitet werden, bis dieser Punkt in Richtigkeit ist.

28) Bei diesem Geschäfte kommt es wesentlich auf die Feststellung oder doch approximative Ermäßigung der Activmasse an, und der Instruent muß sich daher bemühen, mit Zuziehung des Curators einen möglichst annähernden Status derselben vorher zu entwerfen, den er den Gläubigern dann vorlegt.

Denn das Interesse contradicendi steigt oder sinkt, je nachdem die Masse niedriger oder höher steht. Es kann daher z. B. dem Gläubiger der IVten Classe gleichgültig seyn, ob ein Anderer in die IIIte oder Vte Classe locirt wird, wenn nur, auch nach dieses vorgängiger Befriedigung, die Masse so weit hinreicht, daß alle Gläubiger der IVten Classe befriedigt werden können. Ist die Masse, welche der Natur der Sache nach im Zweifel eher zu niedrig als zu hoch angenommen werden muß, zweifelhaft, so liegt jedem Gläubiger daran, einem irgend streitig zu machenden Vorzugsrechte zu widersprechen, wenn es ihm auch nur präjudiciren könnte. Alles kommt also auf den Stand der Vermögensmasse und nebenbei natürlich auch auf den eigenen prioritätischen Standpunkt des Contradicenten an. Der Gläubiger, dem entschieden mit seiner ganzen Forderung die IIte Classe gebührt, wird dem, der in die IIIte verlangt, ohnehin nicht widersprechen. Aber auch ein nachstehender kann kein Interesse haben, zu contradiciren. Wenn dem Gläubiger, der die IIte Classe verlangt, im schlimmsten Fall die IVte gelassen werden muß, so haben ohne Rücksicht auf die Activmasse die Quintaner kein Interesse, sich in diesen Prioritätsstreit zu mischen, wohl aber die Quartaner, weil sie doch auf alle Fälle lieber mit dem Liquidanten in ihrer Classe theilen, als ihm seine Forderung vorweg nehmen lassen werden.

29) Ist dieser Punkt in Richtigkeit gebracht, so wird nunmehr in dem obigen Protokoll (num. 26.) also fortgefahren:

"da die Masse so beschaffen ist, daß sie sicher (oder nur wahrscheinlich) zur Befriedigung der Gläubiger der *x*. Classe zureichen wird, so ergibt sich nunmehr 1) gegen den Liquidanten D. folgendes contradicirende Consortium, namentlich ꝛc. 2) gegen den Liquidanten U. folgendes, u. s. w."

Es versteht sich von selbst, daß wenn die Activmasse auch nicht annähernd ihrem Betrage nach anzugeben ist, dieß den Betheiligten eröffnet werden muß, was natürlich dann auf ihren Entschluß und auf die Vermehrung der Mitglieder der einzelnen Consortien Einfluß hat.

§. 199.

b) Instruction der streitig gebliebenen Posten.

30) Wenn nun auf vorstehende Weise festgestellt ist, was 1) rücksichtlich der Liquidität und 2) rücksichtlich der Priorität zugestanden oder bestritten ist, so wird nunmehr die bisherige cumulative Behandlung bis zur Vorlegung der Akten zur Fällung des Classifications-Erkenntnisses sistirt und die bestrittenen Posten werden einzeln zur Instruction gezogen.

31) Jede Forderung, welche rücksichtlich der Liquidität oder des Vorzugsrechts oder beider zugleich streitig ist, erhält ihre Spezialakten (Seite 399.) die mit einem Auszug aus dem General-Liquidations-Protokoll, aus dem Exceptions-Rezeß des Contradictors und aus dem Protokoll über die Regulirung der Prioritäts-Streitinteressen (no. 27.) beginnen. Der liquidirende Gläubiger erscheint hier als Kläger, ihm gegenüber stehen als Be-

klagte, a) rücksichtlich der Richtigkeit der Forderung der Contradictor, der Gemeinschuldner und die etwa accessorisch intervenirenden Mitgläubiger, b) rücksichtlich der Priorität die formirten Streitconsortien.

32) Um hier keinen zwecklosen Streit zu veranlassen, kommt es vor allen auf die Anwendung der Separationsmethode an, wovon oben §. 184. die Rede war, und der Richter muß sich bemühen, wo möglich im Wege der gütlichen Zustimmung der Betheiligten, diese Separation, wo sie zweckmäßig erscheint, und somit die einstweilige Aussetzung eines weitaussehenden und wahrscheinlich doch unerheblichen Streits zu bewirken. Es wird aber diese Maßregel hauptsächlich nur bei dem Streit über die Richtigkeit einer Forderung an ihrem Orte seyn, weniger bei dem Streit über das Vorzugsrecht, da dieser ordentlicher Weise ohnehin nicht auf weitaussehenden faktischen Erörterungen beruht.

Zweiter Abschnitt.

Von dem Mittel, Concursprozesse durch Vergleich abzukürzen.

Erstes Kapitel.

Vom eigentlichen Vergleiche.

§. 200.

Zweckmäßigkeit und Mehrseitigkeit dieses Mittels.

Von dem Vergleich, als Mittel, Concursprozesse abzuwenden, war früher schon (§. 109. 114.) bei Gelegenheit vom freiwilligen Moratorium und Forderungs-

Nachlasse vor förmlichem Ausbruche des Concurses die Rede. Hier soll derselbe in seinen vielseitigern Beziehungen, insbesondere auch eine eigenthümliche Art desselben, der Zwangsvergleich, betrachtet werden. Irgendwo war von dem Vergleich eigens zu handeln, und ich hielt diesen Ort darum für den passendsten, weil ich überzeugt bin, daß nach Eröffnung eines Concurses weit mehr Anlaß zu gütlichen Streitbeilegungen ist, als vorher.

Unter den zweckmäßigen Mitteln, die Uebel eines Concurses zu beseitigen, steht unstreitig der Vergleich oben an, derselbe mag zwischen dem Schuldner und den Gläubigern oder zwischen diesen unter sich erzielt werden; er mag die gänzliche Abwendung oder nur die Abkürzung des Concurses, die Berichtigung der Schuldenmasse und die Beilegung der über die Liquidität und das Vorzugsrecht der einzelnen Forderungen Statt findenden Widersprüche zum Gegenstande haben, oder die Beseitigung der Irrungen und Hindernisse bei der Herstellung der Activmasse, deren Flüssigmachung, Verwaltung und Verwendung bezwecken. Wenn es bei andern Rechtsstreitigkeiten hin und wieder noch zweifelhaft ist, ob ein Vergleich der Beendigung des Prozesses durch richterliche Entscheidung vorzuziehen, so ist es wenigstens bei einem bevorstehenden oder auch schon ausgebrochenen Concurse immer für alle Theile nützlicher, die Irrungen in Güte beizulegen und dem Concurswesen früher dadurch ein Ende zu machen, als der Sache den rechtlichen Lauf zur richterlichen Entscheidung zu lassen und sie so dem Zufall einer auf diesem Wege früher oder später, kürzer oder länger, wohlfeiler oder theuerer erfolgenden Beendigung Preis zu geben. Es geht aber auch aus der angegebenen Tendenz eines Vergleichs hervor, daß man denselben hier nicht aus einem zu beschränkten Gesichtspunkte betrachten darf.

Wenn von einem Vergleich im Concurse die Rede ist, so denkt man dabei häufig nur an Nachlaß- oder Fristen-Vergleiche und zwar vor Ausbruch des Concurses, welchem man dadurch vorbeugen und dem Schuldner durch die Nachgiebigkeit und Aufopferungen von Seiten seiner Gläubiger wieder aufhelfen will; oder wenn auch der Concurs schon ausgebrochen ist, so sucht man wenigstens darin, neben der dem Gemeinschuldner zugedachten Wohlthat, ein Mittel der schnellern Beendigung. Man erkennt in dem Mißverhältniß der Schulden zu dem Vermögen natürlich die Ursache des Concurses, und man muß daher zunächst auf den Gedanken kommen, durch einen Nachlaß an den Forderungen oder doch durch bewirkte Nachsicht werde das gestörte Gleichgewicht wieder hergestellt werden. Allein sowie der Concurs selbst nicht die nothwendige Ursache der damit verbundenen Uebel ist, die vielmehr in dessen Dauer, sowie diese wieder in den mancherlei Schwierigkeiten seiner Behandlung ihren Grund haben, besonders in der Masse kritischer faktischer und Rechtsverhältnisse; so kann auch oft mit dem Vergleich in Beziehung auf Nachlaß und Nachsicht allein noch lange nicht geholfen seyn. Dem Concurse ist freilich wohl vorgebeugt, oder auch derselbe, wenn er schon ausgebrochen, zu Ende; aber — die Gläubiger haben ihr Geld noch nicht. Sind daher diese auch gleich, um bald zu dem Ihrigen zu kommen, dahin zu vermögen, daß sie das Opfer an einem Theil ihrer Forderungen sich gefallen lassen, so ist damit die Sache noch nicht aus. Denn I. wenn keine bereite Masse da ist, um sie sofort oder kein tauglicher Vermittler, um sie wenigstens in der bedungenen Zeitfrist sicher zu befriedigen; so ist es mit dem Nachlassen allein nicht gethan und die Gläubiger können mit ihrer verminderten Forderung nachher wieder in die nämliche Verlegenheit kommen, in der sie sich vor dem Vergleiche mit dem ganzen

Betrage befunden haben y). II. Auch können noch Forderungen streitig, oder rücksichtlich der Masse Prozesse zu führen, Sequestrationen zum Zweck der sichern Verwendung der Befriedigungsmittel anzuordnen seyn ꝛc.; denn mit Versprechungen der Bezahlung nach bewilligtem Nachlaß oder gestatteter Frist pflegen sich nicht einmal die Gläubiger zu begnügen. Hier öffnet sich also auf mehrere Seiten noch ein weites Feld von Collisionen, mithin zu Streitigkeiten und so denn zum Vergleich. So können folglich, wenn man einen Nachlaßvergleich erzielt hat oder auch wenn man ihn nicht erzielt hat, bis da-

---

y) Hier kann leicht der von Böhmer (exerc. V. 89. §. 9.) Berlichen nacherzählte Fall praktisch werden, wo ausnahmsweise auch Hypothekarien bei dem Nachlaßvergleich beitrittspflichtig sind, ohne sich auf das Gesetz, welches sonst die Hyp. Gläubiger befreit, berufen zu können. Die Chirographarien lassen nämlich auf die nach eingegangenem Accord ihnen zu zahlenden Summen, weil diese nicht sofort berichtigt werden, sich zusammen eine Hypothek, natürlich mit gleichem Rechte, bestellen. Der Schuldner kommt aber nun aufs neue in die Lage, daß er nicht zahlen kann, daß nun abermals ein Concurs droht und, um diesen abzuwenden, wiederum zum Nachlaßvergleiche die Zuflucht genommen wird. Es versteht sich von selbst, daß die schon bei dem ersten Pactum remissorium vorhanden gewesenen Hypothekarien auch jetzt nicht beitrittspflichtig sind. — Uebrigens ist dieses Beispiel freilich passend, so wie der Fall sehr möglich. A. B. C. sind die ursprünglichen Hypothekarien und nehmen die 1te, 2te und 3te Stelle im Hypothekenbuch ein; D. E. F. G. u. s. w. sind die neuen und nehmen conjunctim die 4te Stelle ein. Aber wehe den Gläubigern und dem öffentlichen Credit und dem Glauben auf die Kraft gerichtlich vermittelter Schuldvergleiche, wo man Nachlaßvergleiche auf Nachlaßvergleiche errichtet, bis vielleicht von der ganzen Forderung nichts mehr übrig ist!

hin, wo es zur wirklichen Bezahlung kommt, noch gar mancherlei Verwickelungen, Mißverständnisse und Streitigkeiten übrig, mithin ein Vergleich wünschenswerth und zur Beendigung eines Schuldenwesens geeignet seyn, und gerade hier zeigt sich die Thätigkeit eines verständigen und gewissenhaften Richters höchst wohlthätig.

§. 201.

Verschiedene Beziehungen des Vergleichs im Concurse.

Ein Vergleich im Concurse kann nach verschiedenen Beziehungen betrachtet werden:

A. in Beziehung auf seinen Zweck:

1) zur Abwendung,

2) zur Abkürzung des Concurses;

B. in subjektiver Beziehung oder in Rücksicht auf die sich Vergleichenden; diese sind

1) die Gläubiger und der Schuldner,

2) Gläubiger und Gläubiger,

3) Gläubiger und Dritte, (die als Separatisten, Vindicanten oder als unbefugte Erwerber von Vermögensstücken und Schuldner der Masse, der Gesammtheit der Gläubiger gegenüber stehen, theils als Kläger theils als Beklagte,)

C. in Beziehung auf den Gegenstand. Hier kann der Vergleich gerichtet seyn:

1) auf die Beilegung von Streitigkeiten über die Vermögensmasse sowohl zwischen den Gläubigern und einem Dritten aus einer der ad B 3. bemerkten subjektiven Beziehungen, oder zwischen den Gläubigern selbst aus Anlaß von Irrungen über die Verwaltung und Verwendung der Activmasse;

2) auf die Schuldenmasse und zwar

a) zur Richtigstellung bestrittener Forderungen, aa) in quanto, bb) in quali;

b) zur Herabsetzung unbestrittener Forderungen, — Nachlaßverträge im weitern Sinne,

α) dem Betrage nach — Vergleich auf Prozente, Nachlaßvergleiche im engern Sinne, Accorde;

1) zum Besten des Gemeinschuldners,

2) zum Besten eines Theils der Gläubiger,

3) zum Besten des Schuldners und der Gläubiger;

β) der Zahlungszeit nach — Fristen-, Befristungs-, Nachsichts-, Stündungsvergleiche, Conventionalmoratorien,

1) zum Besten des Schuldners,

2) zum Besten der Gläubiger,

3) zum Besten beider.

Da alle diese verschiedenen Beziehungen Anlaß zu Streitigkeiten geben können, ja mehr oder weniger bei jedem Concurse wirklich geben, so können sie auch Gegenstand eines Vergleichs werden, und weil sie, ihrer Natur nach zum Theil, häufiger während des Concurses als vor dessen Eröffnung eintreten, so muß besonders hier darauf hingewiesen werden, wo von Abkürzung der Concurse die Rede ist.

Auch Nachlaß- und Fristenvergleiche gehören hieher, wenn schon nunmehr weniger zum Besten des Schuldners als der Gläubiger selbst, da selbige auch ein Concursabkürzungsmittel sind, bei dessen Gebrauch es weniger auf den Schuldner, als auf die Gläubiger abgesehen ist, weil nicht sowohl jener, als diese unter der längern Dauer des Prozesses leiden.

Wir betrachten daher hier

I. die Vergleiche nach ihren verschiedenen Beziehungen überhaupt;

II. besonders die Nachlaß- und Nachsichtsvergleiche, wobei denn auch

III. von einer besondern Art derselben, den erzwungenen oder kraft des Mehrheitsbeschlusses der Gläubiger zu Stande gekommenen, die Rede seyn wird.

Denn wenn gleich die letztern zunächst nur in die Sphäre der Concursabwendungsmittel nach ihrer gemeinrechtlichen Tendenz gehören, so können doch auch gemeinrechtlich Fälle eintreten, wo zum Besten des Schuldners, obschon zugleich im Interesse der Gläubiger, sogar selbst nach eröffnetem Classifications-Erkenntniß (denn vor demselben, wenn schon im Laufe des Concurses, ist dieses ohnehin nicht zweifelhaft) ein dergleichen Nachlaßvergleich erzielt werden kann *z*).

§. 202.

Ein Vergleich bezielt jetzt hauptsächlich das Interesse der Gläubiger.

Wenn schon in Beziehung auf den Gemeinschuldner ein Vergleich nach eröffnetem Concurse nicht ausgeschlossen ist, so geht doch derselbe hauptsächlich auf das Beste der Gläubiger und nur in dieser Hinsicht nimmt er die Verwendung des Richters vorzüglich in Anspruch. Jetzt ist nicht mehr die Rede von Einleitungen zur Erhaltung des Gemeinschuldners bei häuslichen Ehren und Würden. Die Vermögens-Unzulänglichkeit ist klar und anerkannt; sie steht durch das richterliche Dekret auf Eröffnung des Concurses rechtskräftig fest. Was bis zu diesem Zeitpunkte unbeschadet der Forderungen der Ge-

---

z) Böhmer l. c. §. 19. sq.

rechtigkeit für den Schuldner geschehen konnte, das mußte in vorhergehenden Verhandlungen, im Wege von Moratorien, Fristen- oder Nachlaßverwilligungen geschehen. Von nun an kann seinem Schicksale nur eine nachgeordnete Rücksicht zu Theil werden, und es darf, was ihm etwa unter Mitwirkung des Richters bewilligt werden kann, nur aus dem Gesichtspunkte des Wohlwollens und der Menschlichkeit betrachtet werden. Die Gläubiger sind es, deren Bestes hier die zu lösende Aufgabe ist; ihnen soll auf möglichst kurzem Wege zu dem Ihrigen verholfen und dazu die Bewirkung einer freiwilligen Vereinigung der streitigen Interessen, es sey in Rücksicht auf die in quanto et quali bestrittenen Forderungen oder in Rücksicht auf den Fond der gemeinschaftlichen Befriedigung, das Mittel werden.

§. 203.

Doch ist auch das Interesse des Schuldners nicht ausgeschlossen.

Mit allem diesen ist indessen keineswegs ausgeschlossen, daß nicht auch der Schuldner bei einem solchen Vergleiche vortheilhaft betheiligt seyn könnte, so wenig als überhaupt die Möglichkeit von Ereignissen, wornach das Interesse der Gläubiger mit dem des Schuldners zugleich befördert werden kann. Böhmer *a*) sagt, man sehe täglich Concurse dadurch beendigen, daß auch nach schon eröffnetem und rechtskräftigem Classifications-Erkenntniß ein Nachlaßvergleich mit dem Gemeinschuldner zu Stande käme, indem der Gemeinschuldner gegen den Erlaß eines Theils des Kapitals und der Zinsen sofort Zahlung aus seinem Vermögen anbiete, was denn die Gläubiger bereitwillig annähmen. — Nach meiner Meinung wird dieser Fall sich so gar oft nicht ergeben; ich

---

a) l. c. §. 20.

halte ihn vielmehr für sehr ausserordentlich. Denn was kann der Gemeinschuldner nach der Cession und nach eröffnetem Concurse, wo er nichts mehr sein nennen, über nichts mehr verfügen kann, — aus seinem Vermögen anbieten? — Aber der Fall ist praktisch, daß ein Nachlaß für den Schuldner durch Verwendung eines Dritten, der vielleicht selbst als Gläubiger erscheint, besonders durch den Zwischentritt eines Verwandten aus der Zahl der Gläubiger bewirkt wird. Solche Vermittler sind namentlich die Ehefrau, die Kinder oder auch ein Anderer, der an dem Schicksale der Familie besonders Theil nimmt, z. B. der Schwiegervater des Schuldners. Um die Familie auf dem Besitzthume zu erhalten, ist dieser vielleicht erbötig, das ganze Activvermögen nach einem billigen Anschlage zu übernehmen, und die wegen dessen vortheilhafter Versilberung oder auch wegen anderer Anstände z. B. wegen noch obwaltender Streitigkeiten mit Eigenthumsansprechern rc. vielleicht in Verlegenheit befindlichen Gläubiger sofort zufrieden zu stellen, wenn sie zu einem verhältnißmäßigen Nachlaß an ihren Forderungen sich verstehen. — Die Frau hat eine beträchtliche Illatenforderung, die zwar streitig gemacht worden, aber mit sehr ungewissem Erfolge für die Gläubiger; beide Theile sind geneigt zur Nachgiebigkeit. Sie soll ihre liquidirte Forderung erhalten, der Schuldner aber dagegen seine Competenzansprüche aufgeben. — Ferner, das Gut, der Hauptgegenstand der Befriedigungsmittel, ist schon öfters feilgeboten worden, es hat sich aber noch kein Käufer gefunden. Soll man auf ungewisse Ereignisse hin noch länger warten; vielleicht dasselbe verpachten, also der Gefahr der Deteriorirung durch ungemessene Pachtnutzungen aussetzen, da wirklich ein annehmlicher Käufer sich gezeigt hat? Es hat sich nämlich der Sohn, der eine bedeutende Peculiarforderung macht, als Uebernehmer dargestellt. Er verspricht dem

Schuldner lebenslängliche Versorgung, will auch seine Forderung zum Theile fallen lassen, wenn ihm das Gut um so und soviel überlassen werde. Die Gläubiger, die ausserdem vielleicht noch lange und vielleicht vergeblich hätten warten müssen, sollen mit billigem Nachlaß nun gleich ihr Geld erhalten u. s. w. — Welche Stoffe zu friedlichen Vereinigungen, zu dandis et retinendis, wenn man nicht — lieber prozessirt!

Daß ein solcher Vergleich im gewöhnlichen Wege der gütlichen Uebereinkunft zulässig ist, ist ohnehin unbezweifelt. Aber auch selbst ein Vergleich nach dem Beschlusse der Mehrheit dürfte hier zu rechtfertigen seyn, und alles genau abgewogen, mehr als ein Nachlaßvergleich nach der gewöhnlichen Lehre. Denn es ist hiebei auf Erhaltungs-Maßregeln zum Besten aller Betheiligten abgesehen, nicht bloß auf einseitige Opfer und auf eine bloße, für das Forum internum gehörige, Freigebigkeit. Der mit einem solchen Vergleich bezielte Zweck ist mit dem des ganzen Concursverfahrens: Befriedigung der Gläubiger aus einem unzulänglichen Vermögen, soweit dieß nach den Umständen möglich ist, im Grunde ganz identisch, was sich von einem Nachlaßvergleiche, der bloß auf das Beste des Schuldners berechnet ist, durchaus nicht annehmen läßt, wenn man anders nicht mit der Abwendung eines Concurses allein (die doch auch so nicht ausgeschlossen ist) das Beste aller Betheiligten am besten zu berathen glaubt. Ich würde also unbedenklich annehmen, daß ein Zwang gegen die Minderheit der Stimmenden auch hier Anwendung fände, wenn ich nicht den Einwurf besorgte, daß man in odiosis ein Gesetz eher zu beschränken als nach der Aehnlichkeit des Grundes anzuwenden pflegt, und wenn ich nicht ohnehin überzeugt wäre, daß es in den meisten Fällen hier nicht einmal eines Zwangs bedürfen wird, sofern

nur der Richter durch zweckmäßige Verwendung seines Ansehens, seiner Kenntnisse aller Verhältnisse und seiner Talente als Friedensstifter, die Parteien zu einer gütlichen Vereinigung zu bewegen sich ernstlich angelegen seyn läßt.

Auch gegen die Widersprechenden gibt es wohl am Ende noch Auskunftsmittel, ohne zu dem erzwungenen Vergleiche seine Zuflucht nehmen zu müssen; in vielen Fällen wenigstens. Man mache, wo es thunlich, von der Absonderungsmethode, dem divide et impera, Gebrauch, gebe den Widersprechenden Sicherheit für alle Fälle und — lasse sie allein fortstreiten. In den meisten Fällen werden sie dann wohl von selbst sich zum Ziele legen, wenn sie für ihre Kosten prozessiren müssen. Aber freilich — billig müssen die Vergleichsvorschläge seyn. An der Unbilligkeit derselben scheitern die meisten Vermittelungsversuche, und jene hat ihren Grund gewöhnlich darin, daß man die Verhältnisse zu einseitig auffaßt, die diensamen Punkte und Beziehungen nicht sieht, so die gegenseitigen Interessen nicht zu assimiliren versteht, mit einem Worte — die Sache nicht anzugreifen weiß. Und weil man denn doch einen Vergleich zu Stande bringen möchte, so nimmt man, statt die Menschen zu überzeugen, zum Nöthigen seine Zuflucht, was freilich für den Richter das bequemste und für die, welche dabei zu gewinnen hoffen, das sicherste Auskunftsmittel ist.

§. 204.

Die verschiedenen Beziehungen eines Vergleichs näher betrachtet.

Ein Vergleich nach eröffnetem Concurse, also zunächst zum Besten der Gläubiger, kann

a) die Herstellung der Passivmasse betreffen, wenn Posten rücksichtlich der Richtigkeit, des Vorzugs-

rechts oder rücksichtlich beider zugleich bestritten sind. Daß ein Vergleich dießfalls wohlthätig werden kann, bedarf wohl keiner nähern Beleuchtung; es st daher ohne Zweifel Pflicht für den Richter, nach Kräften für dessen Erzielung zu wirken. Werden auch nicht alle bestrittene Forderungen dadurch unstreitig, so ist doch schon mit einer theilweisen Vereinigung gewonnen; das Verfahren wird vereinfacht und der Verfasser des Locationsurtheils hat vielleicht ein bedeutendes Stück Arbeit erspart. Auch die Absonderungs-Methode, die §. 183 fg. empfohlen worden, leistet hier ersprießliche Dienste. Selbst Nachlaßvergleiche können zum Besten gewisser Gläubiger hier sehr anwendbar seyn. Sobald die Richtigkeit oder der Vorzug einer Forderung bestritten ist, sind die Elemente dazu schon vorhanden. Der Liquidant ist bereit, seinen betheiligten Mitgläubigern seine Forderung zu erleichtern; diese begeben sich dafür ihres Widerspruchs. — Mancher Gläubiger braucht vielleicht sein Kapital sofort zu einem gewissen Unternehmen; läßt er etwas daran schwinden, so willigen die übrigen in eine Partikular-Befriedigung. Die Ungewißheit des Erfolgs des Streits macht beide Theile zur Nachgiebigkeit geneigt, und wir haben einen Nachlaßvergleich zum Besten der Gläubiger, der den Schuldner gar nichts angeht.

b) Ein Vergleich kann auch die Activmasse zum Gegenstande haben, nämlich die gütliche Beseitigung der bei der Ausmittelung, Verwaltung, Veräusserung und Verwendung derselben sich ergebenden Anstände und Irrungen. Es können Theile des Activvermögens sowohl an Immobilien als Mobilien in Streit liegen; es können Prozesse über Zugehörungen und Rechte obwalten; die ausstehenden Activforderungen eine mühsame und weitaussehende Beitreibung fordern. Wird diese von dem Curator der Activmasse besorgt, unter steter Rück-

spra-

sprache mit dem Corps der Gläubiger oder auch nur ihrem Ausschusse; so dauert der Streit zuverlässig länger, als wenn ihn ein Einzelner für sein Interesse führt. Man trifft also ein Abkommen, daß ein solches streitiges Activum von einem oder etlichen Gläubigern, bei denen sich die Masse erschöpft, die also ganz oder theilweise leer ausgingen, wenn die Forderung nicht flüssig zu machen, zur eigenen Beitreibung übernommen wird; oder auch man verkauft sie an den Meistbietenden. Ferner können Streitigkeiten mit Pächtern obwalten, wenn die Güter der Masse verpachtet sind, so wie denn überhaupt aus der Verschiedenheit der Ansichten unter den Betheiligten, in Beziehung auf die Verwaltung der Masse, Stoff zu Verwickelungen entstehen kann und wirklich entsteht. Lauter Gegenstände, wo eine gütliche Beilegung für alle Interessenten wünschenswerth ist. — Die Immobilien können etwa als Lehen oder Fideicommisse nur beschränkte und weitaussehende Zahlungsmittel darbieten, die Gläubiger nur nach und nach aus den Früchten des Lehens oder Fideicommisses ihre Befriedigung hoffen; hier bietet sich im Wege des Vergleichs vielleicht ein allen Interessen zusagendes Abkommen dar. Gesetzt der jetzige Vasall hätte eine zahlreiche Nachkommenschaft, so wäre zu versuchen, ob nicht ein Lehensagnat, oder auch mit Bewilligung der Agnaten und des Lehensherrn ein Fremder, die Güter gegen ein Kapital auf eine verhältnißmäßige Zahl von Jahren zur Nutznießung übernehmen wolle, welches Kapital alsdann zur Befriedigung der Gläubiger, wenn sie ein Bestimmtes an ihren Forderungen nachlassen, zu der Competenz des Vasallen, zu der nöthigen Versorgung und Aussteuer der Söhne und Töchter und endlich zu den Lehenspflichten zu verwenden wäre. Die Gläubiger können, weil sie nun gleich ihr Geld bekommen, nach Verhältniß des Vorzugs vielleicht etwas Beträchtliches nachlassen, die Admini-

strationskosten werden erspart und die Kinder kommen desto eher wieder zum völligen Genusse des Lebens, ohne daß der Lehenherr und die Agnaten etwas dabei verlieren *b)*.

§. 205.
Fortsetzung.

Am wenigsten schwierig scheint eine gütliche Vereinigung bei dem Schuldenwesen eines Kaufmanns zu seyn, wenn der Schuldner nur irgend sich des Mitleids seiner Gläubiger würdig gemacht hat. Denn 1) sind die creditorischen Interessenten hier meistens selbst Kaufleute, die in mancher Rücksicht anders calculiren, als bloße Kapitalisten und Andere. Bei ihnen sind Verluste der gewöhnlichen Art schon in Rechnung gebracht. Auch geht man bei einem Nachlaß- oder Fristen-Vergleiche von minder kleinlichen Rücksichten, häufig vielleicht von den Maximen der fernern Creditgebung aus, die den Zweck hat, einem Schuldner, bei dem noch nicht die Hoffnung des Wiederemporkommens verloren ist, wenigstens nicht alle Mittel der merkantilen Thätigkeit zu verkümmern. Man rechnet bei milderer Behandlung, daß er sich erhohlen und dann als ehrlicher Mann zeigen werde, und man ist es schon gewohnt, der Gunst des Glücks etwas zu vertrauen. 2) Ferner pflegt bei einem Vergleich auf Prozente, die sofort bezahlt werden, der Kaufmann die frühere Ueberkommung seiner Fonds, wenn auch mit Verlust höher anzuschlagen, als den bloß wahrscheinlichen Zuwachs an einigen Prozenten, die ihm bei längerem Warten aus den Händen der Gerechtigkeit zugehen sollen; denn er weiß sein bereites Geld sich nutzbarer zu machen, als der Rentner. Dazu kommt 3) daß ein kaufmännisches Schuldenwesen schon vom Anfang an anders und nach leichtern Formen behandelt

b) Claproth summar. Prozesse §. 352.

zu werden pflegt, als dieß bei andern Concursen der Fall ist. Die Gerichte verhalten sich hier gewöhnlich weit mehr passiv; Techniker haben die Hauptleitung einer solchen Schuldenregulirung und sie betreiben die Sache mit Interesse. Man könnte sagen, das Ganze sey weniger eine Rechtssache als ein merkantiles Unternehmen, das man de simplici et plano ordnet, und dabei die Justiz weniger um ihrer schwerfälligen Formen als um ihres Arms willen in Anspruch nimmt.

§. 206.
Auch die Liquidität der Forderungen in quanto et quali ist kein Vergleichshinderniß.

Aber auch selbst nach eröffneter und rechtskräftig gewordener Locatoria kann ein Vergleich wohlthätig wirken, also zweckmäßig unternommen werden. In Ansehung der Activmasse ist dieß ohnehin unbedenklich anzunehmen; denn wäre mit dem Locationserkenntniß der Concurs schon zu Ende, so könnte man sich nicht erklären, wie nach dessen Verkündigung oft noch Jahre, ja, wie man Beispiele hat, sogar Generationen vergehen können, bis es zur Vollstreckung desselben durch Distribution der Masse kommt, also der Zweck des ganzen Concursverfahrens, die Befriedigung der Gläubiger erreicht wird. Aber auch in Beziehung auf die Forderungen oder die Passivmasse kann es sich ergeben, daß ein Vergleich selbst nach rechtskräftiger Entscheidung über die Liquidität und das Vorzugsrecht bis zur Vollstreckung durch Distribution der Masse noch praktisch ist. Und dieß gilt sogar von der eminentesten Art der Vergleiche im Concurse, dem Nachlaß-Vergleiche, daher ich mit Dabelow c) vollkommen überzeugt bin, daß in

c) vom Conc. der Gläubiger S. 568 ff.

der Beantwortung der Frage: ob der Richter auch nach ausgesprochener Locationssentenz, noch einen Nachlaßvergleich versuchen und das Verfahren zur zwangsweisen Bewirkung desselben gegen die dissentirende Minorität einleiten könne? ohne Grund etwas schwieriges gefunden worden. Wenn Böhmer *d*) dafür hält, es sey dann nicht mehr res integra, weil das rechtskräftige Prioritätsurtheil jedem Gläubiger das Recht verleihe, das Ganze zu fordern; so kommt es meiner Meinung nach darauf gar nicht an. Die Frage ist nicht, was der Gläubiger fordern, sondern was er bekommen kann. Mit jenem Argument wäre bewiesen, daß überhaupt kein Nachlaßvergleich Statt fände, sobald gegen die Rechtsbeständigkeit einer Forderung nichts mehr einzuwenden. Dieß kann schon lange vor dem Urtheil, ja schon vor oder doch gleich nach dem Liquidationstermin eine ausgemachte Sache seyn, selbst was die Priorität betrifft, und sogar rücksichtlich der Mehrzahl der Forderungen. Und doch geht man Nachlaßvergleiche ein. — Allerdings findet kein Vergleich über ein Liquidum Statt. Allein solange noch etwas zweifelhaft ist — und dieß kann ausser der Richtigkeit einer Forderung auch deren Güte seyn, und der desfallsige Zweifel kann leicht erst nach der rechtskräftigen Locationssentenz eintreten und tritt auch oft ein, wenn die Constituirung der Activmasse mit der der Passivmasse nicht gleichen Schrittes geht — solange ist ein Vergleich nicht nur zulässig, sondern oft sehr nützlich; freilich kein Nachlaßvergleich zum Besten des Schuldners, wenigstens in der Regel nicht. Ueberhaupt hat man vom Nachlaßvergleich, wie er in der Praxis erscheint, wohl keine ganz richtige Vorstellung, wenn man annimmt, die Gläubiger

---

d) l. c. §.

oder deren Mehrheit dächten bei einem Nachlaß nur an das Beste des Gemeinschuldners oder überhaupt des dabei unmittelbar Begünstigten. Ihr eigenes Bestes ist es, das sie zunächst vor Augen haben, und daher scheint der Endzweck in folgendem Begriffe vom Nachlaßvertrag im Concurse richtig angegeben e), als eines Vertrags, wodurch bei einem drohenden oder bereits ausgebrochenen Concurse, Gläubiger des Schuldners zu seinem oder einiger Gläubiger Gunsten oder für beide zugleich eines Theils ihrer rechtmäßigen Forderung sich begeben, um den übrigen Theil derselben desto leichter zu erhalten. — Wer daran zweifelt, der sehe sich nur vor allem in der Wirklichkeit um, und frage die Gläubiger selbst, ob es nicht so ist.

§. 207.

Zeitpunkt des Vergleichsversuchs.

Soll ein Vergleichsversuch mit Zweckmäßigkeit unternommen werden, so ist vor allen nothwendig, den Zustand der Passivmasse vollständig zu kennen. Der beste Zeitpunkt zum Sühneversuch tritt daher unmittelbar nach abgehaltenem Liquidationstermin und nach erfolgter Präclusion der Ausgebliebenen ein, und wenn im allgemeinen erhellt, welche Forderungen anerkannt oder bestritten sind. Daher müssen zuvörderst der Contradictor, sowie die Gläubiger, über die Beschaffenheit der liquidirten Forderungen und wiefern solche ihrem Betrag und Vorzugsrechte nach anerkannt werden, summarisch vernommen werden, ohne daß man sich in weitere Erörterungen hier einzulassen braucht. Die Nothwendigkeit der Abwartung des Liquidationstermins ergibt sich dar-

---

e) C. F. W. Frhr. von Völderndorff und Waradein Etwas von Nachlaßverträgen. (Erlangen 1788. 8.) §. 1.

aus, daß ausserdem der Legitimationspunkt nicht berichtigt, also die Gewißheit nicht gegeben wäre, daß alle Interessenten an der Verhandlung Theil genommen. (Vergl. §. 116 fg.)

Es sey nicht rathsam, meint Böhmer *f*), daß der Gemeinschuldner um einen Nachlaßvergleich zu bewirken, die Erlassung der Edictalien und den Eintritt des Liquidationstermins abwarte, weil er sonst besorgen müsse, daß die Gläubiger den Vergleich ablehnten, wenn einmal der Liquidationstermin erschienen und dieselben durch das ausgesprochene Prioritäts-Urtheil ein wohlerworbenes Recht auf ihre volle Befriedigung erlangt hätten. Was zuvörderst hier von dem baldigen Erscheinen des Urtheils gesagt wird, so will ich den Glauben an promte Justiz nicht verläugnet haben, wenn ich behaupte, so gar schnell und gleichsam Schlag auf Schlag erfolgt das Prioritäts-Erkenntniß nicht auf den Liquidationstermin. Doch dieß bei Seite gesetzt, so kann man wohl vor allen fragen: haben denn nicht die Gläubiger auch schon vor dem Urtheil, ja vor der Concurseröffnung dieses Recht auf ihre volle Befriedigung wohlerworben? — daß es aber nicht darauf allein ankommt, was der Gläubiger zu fordern hat, ist vorhin schon erinnert worden. Ferner wird gesagt: es käme auch nichts darauf an, daß man früher die Schuldenmasse nicht vollständig einsehen, also auch die Majorität der Gläubiger nicht berechnen könne, weil ja der Nachlaßvergleich immer stillschweigend die Bedingung voraussetze, daß der transigirende Gläubiger seine Forderung liquid mache, und wenn Gläubiger mit illiquiden Forderungen sich zum Nachtheil der übrigen verglichen, so könne es diesen kein Präjudiz zuziehen und am Ende sey es gut, wenn dieß

f) l. c. §. 25.

exorbitante Recht der Mehrheit eher beschränkt als ausgedehnt werde. — Nun freilich mit dem letzten Grund wäre der Verlegenheit am geschwindesten abgeholfen; es ist aber eben soviel als wenn gesagt würde, man solle gar keinen Nachlaßvergleich nach der Stimmenmehrheit zulassen. — Und muß dem Vergleiche doch die Liquidation nachfolgen, so ist nicht abzusehen, warum nicht statt dieses Hysteron Proteron die von der Vernunft vorgezeichnete Ordnung beobachtet, vielmehr um nur recht geschwind fertig zu werden, und den Namen zu haben, daß man einen Vergleich zu Stande gebracht, ein Geschäft unternommen werden soll, dessen Rechtsbeständigkeit vom Zufall abhängt.

Daß mit der Edictalcitation die ohnehin nur an die unbekannten Gläubiger gerichtet (und nach sächsischem eben so wie nach österreichischem Recht eine nothwendige Bedingung selbst des vor eröffnetem Concurse unternommenen gerichtlichen Nachlaßvergleichs ist g), auch die spezielle Vorladung der bekannten verbunden werden muß, soll nicht noch einmal erinnert werden. Es hindert auch nichts, selbst da, wo man das Interesse des Gemeinschuldners mit berücksichten will, die Edictalcitation und die spezielle Vorladung immerhin zuvörderst auf die etwa von dem Gemeinschuldner in Antrag gebrachte gütliche Behandlung zu richten und eventualiter auf die Liquidation, etwa mit der Formel:

> daß die unbekannten Gläubiger von der Masse ausgeschlossen, und im Falle kein Nachlaßvergleich oder sonstiges gütliches Uebereinkommen zu Stande käme, mit der weitern rechtlichen Verhandlung verfahren werden würde.

---

g) Kori System des C. P. I. §. 84. n. 4.
Oesterreich. G. O. §. 360.

Uebrigens ist, wie schon einmal gesagt worden, in der Edictalcitation der Betrag der Activmasse wenigstens annähernd und zugleich die Summe der bekannten bevorzugten Gläubiger, insonderheit der aus dem Hypothekenbuch erhellenden anzugeben, damit sich nicht die wahrscheinlich hiernach durchfallenden Gläubiger vergebliche Kosten mit Liquidationen machen. Im übrigen werden zur Erzielung eines Vergleichs jeder Art die Vorschläge nur dann auf einem festen Grund gebaut erscheinen, wenn die Kräfte der Activmasse wenigstens ohngefähr erhellen. Freilich wenn alles recht in Dunkelheit und Verwirrung ist, werden die Gläubiger am ersten zum Vergleiche geneigt seyn. Aber wehe der Rechtspflege, die auf diese Weise die Rechtsuchenden sich selbst zu helfen zwingt!

Zweites Kapitel.

Von dem Zwangnachlaßvergleiche *h*).

§. 208.

Ueber die anomalische Eigenschaft dieser Vergleichsart.

Ausser dem Vergleich im eigentlichen Sinne des Worts, der durch die freiwillige Uebereinkunft aller

---

h) Lauterbach präjudiciale pactum remissorium majoris partis creditorum. In diss. acad. Vol. I. n. 60.

I. G. Werenberg diss. pactum remiss. majoris partis chirographariorum in conc. cred. non esse juris rom. Halae 1729.

I. H. Böhmer de pacto remiss. moto conc. In exerc. T. V. ex. 89.

I. G. Bauer diss. de pacto remiss. ante motum conc. in foro Sax. Lips. 1755.

Betheiligten auch rücksichtlich eines Nachlasses an der Forderung, es sey an dem Betrage derselben (Nachlaßvergleich) oder an der Zeit der Leistung (Nachsichts- oder Fristen-Vergleich) zu Stande kommt, bietet die Lehre vom Concurse der Gläubiger noch einen eigenthümlichen Rechtssatz dar, wornach es auch unfreiwillige dergleichen Vergleiche gibt, die kraft des Beschlusses der Mehrheit der Gläubiger auch die widersprechende Minderheit binden, folglich rücksichtlich dieser erzwungen sind. Es ist an seinem Orte, diese auffallende Erscheinung hier näher in das Auge zu fassen und den Rechtssatz zu erklären, wornach

> die Minderheit der Gläubiger unter gewissen Voraussetzungen dem von der Mehrheit beschlossenen Nachlaß an den Forderungen oder der zu ertheilenden Nachsicht zum Besten des Gemeinschuldners beizutreten genöthigt werden kann.

Dieser Satz steht als ein juristisches Anomalon in unserer Rechtsökonomie, indem auf die Concursgläubiger die Theorie von der Wirksamkeit der Pluralität der Stimmen angewendet wird, die nur bei eigentlichen Gemeinheiten Statt findet, nicht aber da, wo Mehreren bloß ein ungetheiltes Recht zusteht.

Die sämmtlichen Gläubiger eines Gemeinschuldners stehen nach eröffnetem Concurse über dessen Vermögen in einer Gemeinschaft, die durch das zufällige Ereigniß dieser Concurseröffnung entstanden, also eine communio

---

G. Happel Anleit. Conc. Prozesse abzuwenden. Gießen 1799 8. Abschn. II.

Frhr. v. Völderndorff und Waradein, Etwas von Nachlaßverträgen. Erlangen 1788. 8.

Dabelow vom Conc. der Gläubiger S. 561 ff.

incidens ist. Sie haben sämmtlich ein ungetheiltes Recht auf die Vermögensmasse, welches sich sowohl in der Verfügung über diese Masse, als in der Abwehrung der von einem Dritten oder auch von Einzelnen unter ihnen daran gemachten Ansprüche äussert, daher sie auch, sofern als sie einen gemeinschaftlichen Zweck haben, als Streitgenossen verbunden sind. Mit dieser Gemeinschaft, wo mehrere Menschen vereinigt sind, die zugleich mehrere Personen ausmachen, darf man nicht den Begriff einer Gemeinheit (Corporation, universitas, collegium) verwechseln, als bekanntlich einer zu einem fortdauernden Zwecke unter öffentlicher Autorität verbundenen Mehrheit von Menschen, die zusammen nur eine — moralische — Person ausmachen *i*). Zu den rechtlichen Wirkungen einer bloßen Gemeinschaft nun gehört unter andern, daß, während bei einer Gemeinheit die auf gesetzliche Weise abgegebenen Stimmen der Mehrheit der Mitglieder einen Beschluß machen, der in allen Gemeinheitssachen als Gesetz gilt, dieß sich anders verhält bei bloßen Gemeinschaften, diese mögen durch Vertrag (Societät) oder vermöge eines zufälligen Ereignisses entstanden seyn, wie bei der Gemeinschaft mehrerer Miterben oder hier im Concurse mehrerer Gläubiger eines Schuldners. Denn hier, wo es den Rechten Einzelner gilt, kann nur die freie vertragsweise Einwilligung oder der richterliche Ausspruch eine Aenderung hieran bewirken. Selbst die Mehrheit der Stimmen bindet den einzelnen Widersprechenden nicht, vielmehr dieser als solcher den Willen aller Andern *k*). Indessen hat auch dieser

---

i) Thibaut System des P. R. § 218 ff.

Martins und Walchs Magazin für den gem. teutschen bürg. Prozeß I. Band 1. Heft S. 58.

k) In re communi nemo dominorum jure facere quidquam invito altero potest l. 88. D. comm. div. — Non debet

Satz seine bestimmten Grenzen, über welche hinaus er irrig angewendet werden würde. Es können nämlich in jeder Gemeinschaft, folglich auch in der der Concursgläubiger Gegenstände einer nothwendigen Beschlußfassung vorkommen, die nicht schlechthin von der Einhelligkeit der Stimmen abhängig gemacht werden können, wenn man die gesetzliche Bestimmung von der melior conditio prohibentis nicht über ihre Absicht ausdehnen will. In allen Verfügungen also, welche die Verwaltung der Masse betreffen, oder wo überhaupt das gemeinschaftliche Interesse befördert werden soll, entscheidet bei Verschiedenheit der Meinungen die Mehrheit der Stimmen, und es kann höchstens der Minderheit die Befugniß eingeräumt werden, einen mit hinlänglichen Gründen unterstützten Antrag darauf zu machen, daß der Richter untersuche, ob das, was die Pluralität beschlossen, wirklich dem gemeinschaftlichen Vortheile gemäß sey, und darüber entscheide.

§. 209.

Dieselbe ist dem R. R. im allgemeinen fremd.

Dem römischen Recht, auf welches jenes auffallende Vorrecht eines Theils der Concursgemeinschafts-Glieder, wenigstens nach dessen Anwendung in der Praxis gebaut ist, war dasselbe in seiner jetzigen Ausdehnung durchaus fremd. Der Gemeinschuldner konnte zwar zu jeder Zeit durch einen Vergleich mit den Gläubigern die Nachtheile der bonorum venditio von sich abwenden; aber von einem Zwang zu einem solchen Vergleiche war keine Rede. Nichts desto weniger haber wir, und zwar abgeleitet aus dem römischen Recht,

---

alteri per alterum iniqua conditio inferri; l. 74. de R. J. — Quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur; l. fin. C. de auct. praest. und mehrere andere Gesetzstellen.

A. einen Vergleich im Concurse, wo ein von der Mehrheit der Gläubiger beliebter Nachlaß am Betrage der Forderung auch von der Minderheit genehmigt werden muß, und dieser hat seinen Sitz in einer singulären gesetzlichen Bestimmung, wornach verordnet ist, daß der Erbe, ehe er die Erbschaft antritt, um den guten Namen des Verstorbenen zu schonen, mit den Gläubigern derselben auf Abfindung durch bestimmte Prozente unterhandeln könne, und zwar so, daß wenn eine Meinungsverschiedenheit eintrete, der Prätor nach der Mehrheit der Stimmen den Ausspruch thun müsse, daß die Minorität zum Beitritte verpflichtet sey. Die hieher gehörigen Gesetzstellen sind folgende: L. 7. §. 17. 19. l. 8. l. 10. pr. D. de pactis: — Si ante aditam hereditatem paciscatur quis cum creditoribus, ut minus solvatur: pactum valiturum est. — Hodie tamen, ita demum pactio hujusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint: si vero dissentiant, tunc Praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur majoris partis voluntatem — Majorem esse partem, pro modo debiti, non pro numero personarum placuit. Quod si aequales sint in cumulo debiti, tunc plurium numerus creditorum praeferendus est: in numero autem pari creditorum auctoritatem ejus sequetur Praetor, qui dignitate inter eos praecellit. Sin autem omnia undique in unam aequalitatem concurrant, humanior sententia a Praetore eligenda est: hoc enim ex Divi Marci rescripto colligi potest. — Haec omnia in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt.

Nur die Hypothekarien waren also von einem solchen Vergleich ausgenommen und die Verbindlichkeit zum Nachlasse wider Willen lediglich auf die Chirographa-

rien oder die Personalisten beschränkt, bei diesen aber ohne Unterschied, ob sie ein privilegium exigendi hatten oder nicht, anwendbar, indem man die scheinbar entgegenstehende Gesetzstelle l. 58. §. 1. D. mandati dadurch mit den obigen in Verbindung zu bringen sucht, daß man annimmt, selbige handle nicht von dem Erlaß eines Theils der Schuld von Seiten des privilegirten Personalgläubigers, sondern nur von seiner Wahl, entweder den Schuldner mit der Personalklage anzugreifen oder sich an den mandator oder fidejussor zu halten *l*).

Was dagegen

B. einen bloßen Nachsichtsvergleich oder ein Conventional-Moratorium betrifft, so ist hier die Concurrenz der abstimmenden Gläubiger anders regulirt. Es bestimmt nämlich zum Besten eines unglücklichen Schuldners l. 8. C. qui bonis cedere possunt, daß derselbe seinen Gläubigern die Wahl lassen könne, entweder ihm auf fünf Jahre Nachsicht zu bewilligen oder die Vermögens-Abtretung anzunehmen. Auch hier soll nun im Mangel allseitiger Uebereinkunft die Stimmenmehrheit für das Eine oder das Andere entscheiden, doch müssen hiebei auch die Hypothekengläubiger zugezogen werden.

§. 210.

Ueber die Entstehung dieser Lehre durch Gewohnheitsrecht.

Es fällt, wenigstens bei dem ersten Anblick als eine seltsame Erscheinung auf, daß in Deutschland ein Rechtssatz durch Gewohnheit sich ausgebildet hat, — denn so ist es, da ein geschriebenes Gesetz dießfalls nicht existirt, — der in dem schneidendsten Contrast mit der sonstigen Strenge der deutschen Schuldgesetze steht. Aufrechthal-

---

l) Böhmer l. c. §. 9.

tung des Credits durch strenges Anhalten des Schuldmannes zur Zahlung war das Ziel der Gesetzgebung in Schuldensachen: wo konnte aber der Credit schlechter berathen seyn, als da, wo man das Schicksal des Schuldners auf Kosten der Gläubiger so auffallend begünstigte, diese zum Nachlassen an ihren rechtmäßigen Forderungen nöthigte? So mußten also jene Schuldgesetze, die doch nebenher in ihrer Wirksamkeit bestehen sollten, offenbar gelähmt werden. Allein der scheinbare Widerspruch ist wenigstens zu erklären, wenn auch gerade nicht zu rechtfertigen, sobald man den Zweck der bezielten Erleichterung der Schuldner näher betrachtet.

Dem Schuldner war nach deutschem Rechte die Wohlthat der Güterabtretung versagt; er mußte mit seiner Haut büßen, was er nicht an Zahlungsmitteln im Vermögen hatte, wenn ihm die Gläubiger nicht das Fehlende nachließen. Ihm blieb also nichts übrig als die Flucht, wenn er die Ehre des Märtyrerthums für Treue und Glauben verschmähte, und jene war ihm wohl in keinem Lande der Erde bequemer gemacht, als in dem zerstückelten deutschen Reiche. Zwar verpflichteten die Reichsgesetze die Obrigkeiten der einzelnen Gebiete wechselseitig zur Auslieferung flüchtiger Schuldner: allein daß es mit der Befolgung dieser Anordnung nicht allenthalben sehr genau genommen worden seyn mag, daran dürfte es wohl nicht an Beispielen fehlen; vermuthen läßt es sich zum wenigsten nach dem frühern Organismus des Gerichtswesens des Gesammtvaterlandes und bei den Bestrebungen mancher Gebietsherren, aus Justiz= — Regierungssachen zu machen. Ein gütliches Abkommen mit den Gläubigern war also wohl oft das einzige oder doch zuverlässigste Mittel, den Schuldner zur Rückkehr zu vermögen, und so mußten denn jene einen Vergleich, sey es auch mit Aufopferung eines

Theils ihrer Forderung, als des Preises für die Erhaltung des Uebrigen, ihrem Interesse angemessen finden.

Es entstund aber nun die Frage: was soll geschehen, wenn nicht alle Gläubiger einwilligen, und der Widerspruch einiger das Unternehmen vereitelte? Denn daß mit einem Partikularvergleiche nicht zu helfen war, war leicht einzusehen, da der Schuldner nicht theilweise zurückkehren konnte, vielmehr, wenn er auch mit der Mehrheit sich abgefunden hatte, der Verfolgung der widersprechenden Gläubiger ausgesetzt war. In dieser Verlegenheit bot denn das römische Gesetz vom Zwangsvergleiche bei Erbschaftsantretungen einen erwünschten Anhalt dar. In Fällen dieser Art nehmen es die Richter, wenn sie helfen möchten, nicht immer ganz genau mit der Analogie, wie man weiß. So wahrscheinlich bildete sich der fragliche Rechtssatz durch die Praxis, die von jeher die Vermittlerinn zu strenger Gesetze war, und derselbe war, solange jene ältere Rechts- und politische Verfassung bestund, für den Schuldner sowie für die Gläubiger, wenigstens sofern diese nur zwischen zwei Uebeln zu wählen hatten, gleich wohlthätig oder doch minder nachtheilig. Daß die Ursache — zu strenge Gesetze gegen Schuldner und erschwerte Rechtshülfe aus politischen Gründen — wegfiel, und doch die Wirkung blieb, ist eine Erscheinung, die eben nur aus der Eigenthümlichkeit eines Gewohnheitsrechts sich erklären läßt, welches plötzlich weder entsteht noch sich umgestaltet.

§. 211.

Fortsetzung.

So verdankt man also die Lehre von dem Nachlaßvergleiche nach dem Beschlusse der Majorität lediglich dem, gegen die sonstige Regel von der analogen Anwendung singulärer Rechtssätze, durch die Praxis einge-

führten Gewohnheitsrecht; eine Lehre, gegen welche sich bis auf den heutigen Tag das natürliche Billigkeitsgefühl empört, und womit man, wie die Praktiker wissen, in vorkommenden Fällen die Meinung der Betheiligten von der Härte einer solchen Maßregel zu beschwichtigen vergeblich sich bemüht. Daß diese Bestimmung überdieß nur zu leicht betrügerischen Collusionen eine recht günstige Gelegenheit darbietet, ist wohl nicht die letzte von den Bedenklichkeiten dagegen. Indessen hat diese Lehre nicht nur in der Praxis der vormaligen höchsten Reichsgerichte *m*), sondern auch der meisten Territorialgerichte *n*) die Oberhand behalten, was um so auffallender erscheint, da selbst diejenigen Rechtslehrer, welche den Rechtssatz vertheidigen, eine durch das zur Grundlage angenommene Gesetz nicht begründete Ausdehnung desselben zugeben. Man kann daher in Wahrheit behaupten, daß dieses Dogma, da die Ursache seiner Entstehung längst aufgehört hat, unter den Verirrungen der Juristen und einer einseitigen, (man möchte, da wie gedacht der frühere Beweggrund weggefallen, hinzusetzen) gedankenlos fortgetriebenen, und auf jeden Fall durch falsche Billigkeitsgrundsätze geleiteten, Praxis nicht die letzte Stelle einnimmt.

Es hat übrigens nicht an Rechtslehrern gefehlt, welche dafürhielten, daß das R. R. selbst den fraglichen Satz als allgemeines Gesetz sanctionire, und von den Erbschaftsgläubigern nur exemplificative, nicht restrictive spreche *o*). Justinian, der in seine Sammlung das fragliche Fragment aus Ulpian aufgenommen, hätte sonst keinen

m) Hofmanns deutsche R. Pr. §. 1216.

n) Kobe de pecunia mut. tuto colloc. §. 103.

o) Böhmer l. c. §. 4.

keinen Grund dazu gehabt, da zur Beförderung des Antritts einer mit Schulden beladenen Erbschaft mittlerweile schon durch das jus deliberandi, besonders aber durch das beneficium inventarii nach Möglichkeit gesorgt gewesen. — Allein man darf nicht vergessen, daß dessen ungeachtet noch immer die Rücksicht für den guten Ruf des verstorbenen Erblassers und daneben auch die Absicht der Beförderung einer unbedingten Erbschaftsantretung, sowie endlich hauptsächlich der Umstand als gesetzliches Motiv übrig war, daß der Zustand einer mit Schulden beladenen Erbschaft nach dem Inventarium keineswegs immer als so fest und unzweifelhaft angenommen werden kann, daß nicht die Gläubiger Beweggründe fänden, einen billigen Vergleich auch mit einigen Opfern einer weitaussehenden Verhandlung mit den Erben vorzuziehen *p*).

Dem sey indessen, wie ihm wolle, so hat nun wenigstens die Praxis den Rechtssatz vom erzwungenen Vergleich ausser dem Fall einer verschuldeten Erbschaft auf alle Fälle eines verschuldeten Vermögens ausgedehnt, wo die dort bemerkten Voraussetzungen eintreten, oder vielmehr der Satz hat jetzt nur noch in Concursfällen seine eigentliche Anwendung, während er für seinen ursprünglichen Zweck der Beförderung der Erbschaftsantretungen ausser Gebrauch ist.

§. 212.

Die Lehre nach ihrer heutigen Gestalt.

Folgendes ist der wesentliche Inhalt der Lehre vom

---

p) Schweppe C. Pr. §. 19.

Heffter Institut. d. röm. u. teutschen Civilproz. S. 571.

Voet ad pand. II. 14. §. 26.

I. G. Werenberg diss. cit. p. 25. seqq.

erzwungenen Nachlaßvertrag in seiner heutigen gemeinrechtlichen Gestalt:

Was die Mehrheit der Gläubiger wegen eines dem Gemeinschuldner zu bewilligenden Nachlasses, nach einem für Alle gleichförmig geltenden Maßstabe, vor oder während des Concurses beschließt, dem muß die Minderheit nach richterlichem Beschlusse beitreten, mit Ausnahme der Hypothekarien und Faustpfandgläubiger. Die Mehrheit berechnet sich nach dem Betrage der Forderungen, und wenn diese gleich sind, nach der Zahl der solitarisch, nicht correal berechtigten Personen; falls auch dieß nicht den Ausschlag gibt, so soll das richterliche Ermessen durch besondere Rücksichten (auf die dignitas der Stimmenden, endlich auf die mildere Meinung — jetzt bloß auf die letztere —) bei der Annahme der einen oder der andern Meinung geleitet werden.

Ein durch Mehrheitsbeschluß zu bewirkender Nachlaßvertrag setzt mithin folgende Erfordernisse voraus.

1) Der Nachlaßvergleich kann sowohl vor als nach eröffnetem Concurse eingeleitet und zu Stande gebracht werden *q*); derselbe muß gerichtlich verhandelt und es müssen alle Gläubiger dabei zugezogen werden. Die Zuziehung aller Gläubiger hält man darum für nothwendig, weil sie die gemeinschaftliche Berathung befördere und den Verdacht unlauterer Machinationen entferne *r*). Allein so wie gegen letzteres die gerichtliche Verhandlung keine Sicherheit gewährt, da der Richter nicht wissen kann, was vor den Thüren des Gerichtszimmers geschehen ist, und was die den Nachlaßvergleich

q) Böhmer l. c. §. 25.

r) Idem l. c. §. 12.

wollenden Interessenten vorher mit einander in Geheim abgemacht haben; so ist die Zusammenberufung im Gesetz nicht bestimmt vorgeschrieben. Nach diesem können die Parteien gar wohl den Vergleich aussergerichtlich beschließen und erst, wenn derselbe nicht von allen Betheiligten angenommen wird, den Richter angehen, der dann weiter einschreitet.

2) Wenn nicht alle Gläubiger einstimmig sind, so entscheidet der Beschluß der Mehrheit. Die abwesenden, aber gehörig vorgeladenen werden als der Mehrheit beitretend angenommen, diese mag für oder gegen den Vergleich gestimmt haben.

3) Der Beschluß muß auf eine für alle Gläubiger gleichförmige Quote des Nachlasses gerichtet seyn *s*).

4) Ein gänzlicher Erlaß der Forderungen verpflichtet die Minorität nicht, und es wird als Grund angenommen, daß zum Schenken niemand genöthigt werden könne *t*); ein Grund, den Andere als widersinnig bestreiten und ihn vielmehr als Argument gegen die gemeine Theorie annehmen *u*), und in sofern mit Recht, als aus dem Gesichtspunkt einer bloßen Freigebigkeit betrachtet, der erzwungene Erlaß einer ganzen rechtmäßigen Forderung vor dem eines Theils derselben nichts voraus haben könnte. Aber wie konnte man bei einem Vergleiche nur überhaupt an das Aufgeben der ganzen Forderung denken?

5) Bei nicht erfolgender Uebereinstimmung entscheidet der Richter durch Bestätigung des Beschlusses der Mehrheit, welche nach der Größe der Forderungssum-

29 *

---

s) Böhmer l. c. §. 11. Schweppe §. 20. n. 4.

t) Schmid ad stat. bav. XIII. 14. 18.

u) Werenberg l. c. §. VIII.

men mit Einschluß der Zinsen berechnet wird. Sind hiernach die Stimmen gleich, so entscheidet die Zahl der Personen, wobei, wenn Mehrere nur eine Forderung haben (correi) diese zusammen nur für eine Person gelten. Ergibt sich auch hiernach kein Uebergewicht, so entscheidet der Richter nach der billigern Meinung d. h. für den Nachlaßvergleich, indem die Rücksicht auf die Dignität der Stimmenden als rein römisch bei uns nicht mehr Anwendung findet.

6) Die Pfandberechtigten (Hypothekarien und Faustpfandgläubiger) sind von der Beitrittsverbindlichkeit befreit, während sie, wie gedacht, bei einem bloßen Nachsichtsvergleiche gleich den übrigen Gläubigern an den Mehrheitsbeschluß gebunden sind. Auch die Hypothek- und Pfandgläubiger unter sich können einander nicht durch einen Mehrheitsbeschluß binden, da das Gesetz einmal alle Hypothekarien ausnimmt, wovon der Grund natürlich in der Ungleichheit der vorzugsrechtlichen Befugnisse liegt, die zwischen mehreren dergleichen Gläubigern Statt findet *v*).

7) Bei dem erzwungenen Nachlaßvergleiche kommen nur die chirographarischen Gläubiger in Betrachtung. Derselbe wird auch nur als bei diesen anwendbar angenommen, theils wegen ihrer gleichen Berechtigung, theils weil sie vor den Hypothekarien ein Interesse haben, sich der Person und des nichtverpfändeten Vermögens ihres Schuldners als Befriedigungsgegenstandes dadurch zu versichern und jenem nicht Veranlassung zu geben, sich ihrer Verfolgung durch die Flucht zu entziehen *w*).

---

v) de Schmid ad statut. bav. tit. XIII. art. 14. n. 14. Berger in E. D. F. ad tit. 52. pag. 1763.

w) Carpzov P. II. const. 22. def. 28. Man vergl. hiebei §. 210.

8) Unter den Personalisten macht es keinen Unterschied, ob sie ein Privilegium haben oder nicht, da das Gesetz klar nur die Pfandberechtigten ausnimmt.

Die Wirkung des Nachlaßvergleichs in Rücksicht auf die Verbindlichkeit des Schuldners ist, daß derselbe dadurch von allen weitern Ansprüchen frei wird, wenn er auch in der Folge zu bessern Vermögens-Umständen kommt *x*), sofern, wie sich von selbst versteht, nichts anderes bedungen, oder in den Landesgesetzen bestimmt ist, wie im sächsischen Banqueroutier-Mandat de 1766. *y*), wo den Gläubigern mit Vorbehalt der Competenz für den Schuldner das Nachforderungsrecht zugestanden ist. Den nur gezwungen Beitretenden ist der Anspruch an das künftige Vermögen des Schuldners in keinem Falle zu bestreiten.

Drittes Kapitel.

Von den Unvollkommenheiten dieser Lehre, besonders nach dem heutigen Concursrecht und von den Bestrebungen der Partikulargesetzgebungen, denselben abzuhelfen.

§. 213.

Der Tadel dieser Lehre trifft hauptsächlich bloß ihre heutige Anwendung und zwar

I. ihre unbillige Härte.

Nach den Grundsätzen des römischen Verfahrens in Schuldensachen enthielt die Lehre vom erzwungenen

---

x) Claproth summar. Proz. §. 447.

y) Kind qu. for. IV. c. 40. (Ed. II.)

Nachlaßvergleiche weder gerade eine unbillige Härte, noch eine Schwierigkeit in der Anwendung. Eine unbillige Härte lag nicht darin nach ihrer ursprünglichen beschränkten Tendenz, die bloß auf die Erben eines verschuldeten Nachlasses, also nicht auf Begünstigung eines noch lebenden Schuldners ging. Auch war die Verbindlichkeit zum Nachlaß nur auf die Personalisten beschränkt, unter welchen das privilegium exigendi nach dem Stande der Sache, wo der Nachlaßvergleich Anwendung finden sollte, nicht wirksam war. Denn die Unzulänglichkeit des Vermögens war nicht ausgemacht. Ganz anders ist dieß nach der Lehre, wie sie die spätere Praxis gebildet und in den heutigen Concursprozeß ohne Rücksicht auf dessen widerstrebende Elemente eingeschoben hat, wie sie auch in die Partikularrechte z) übergegangen ist, in welchen man sich nur bemüht hat, mildernde Modificationen anzuwenden, ohne den nunmehr verderblichen Satz an seiner Wurzel anzugreifen.

Sichtbar ist das Bestreben einzelner Praktiker von jeher gewesen, die ausschweifende Lehre zu bestreiten und

---

z) Eine bemerkenswerthe Ausnahme macht das Nürnberg. Statutarrecht (Reformation von 1564.) Tit. 12. Gesetz 7. wornach "kein Gläubiger wider seinen Willen gedrungen werden soll, in einen Vertrag anderer Gläubiger, wie viel deren an der Zahl wären, oder wie hoch sich ihre Schulden erstreckten, zu bewilligen oder nachzufolgen. Nur wenn ein flüchtiger oder auch gegenwärtiger Schuldner von dem mehrern Theil der Gläubiger einen Aufschub und Frist zu der Bezahlung mit oder ohne Nachlassung eines Theils der Schulden erlangt hätte, soll der wenigere Theil, jedoch unvermindert ihrer Schuldsumme und allein die bedingten Fristen bis in fünf Jahre und länger nicht auf gebührende Versicherung anzunehmen schuldig seyn."

sie in ihre ursprünglichen Schranken zurückzuweisen *a*). Auch fehlt es nicht an Beispielen, daß die gerichtliche Praxis, wo ihr nur irgend partikularrechtlich bestimmte Normen nicht im Wege stunden, die verhängnißvolle Lehre zu verbessern suchte. Das Oberappellationsgericht zu Celle *b*) hat in vielen Fällen angenommen, "daß die Mehrheit der Stimmen nur dann entscheidend und für die Minorität verbindlich sey, wenn es auf Verfügungen ankommt, die das gemeinsame Interesse aller Gläubiger betreffen, z. B. Vergleiche über zweifelhafte Ansprüche an die Masse oder von derselben, Competenzbewilligungen ꝛc. Betrifft hingegen die Verschiedenheit der Meinung unter den Gläubigern das individuelle oder isolirte Interesse eines oder einzelner Gläubiger, z. B. die Rangbestimmung, pacta remissoria etc. so können dergleichen ad jura singulorum gehörende Gegenstände nicht durch Pluralität der Stimmen festgesetzt werden." Dieses Widerstreben ist um so erklärlicher, da es, wie gedacht, nicht leicht einen Rechtssatz gibt, mit welchem man sich trotz der Autorität des Alters bis jetzt so schwer ausgesöhnt hat als mit diesem.

§. 214.

Fortsetzung.

Unter die bemerkten modificativen Bestimmungen der einzelnen Landesgesetze ist ausser der preußischen Gerichtsordnung, wovon hernach mit mehrerem, das österreichische *c*) und sächsische *d*) Recht besonders ausge-

---

a) Schaumburg princ. prax. jur. lib. II. §. 5. Vorzüglich I. G. Werenberg in diss. cit.

b) Hagemanns prakt. Erörterungen VI. Bd. (Hannover 1818. 4.) 72. Erörterung.

c) Oesterreichische allg. Ger. Ordn. 1782. §. 354. 356. 361.

d) Kori System des Concurs-Prozesses ꝛc. I. §. 84.

zeichnet. Nach jenem soll eine Behandlung der Gläubiger, wornach sie einen Theil ihrer Forderungen nachzulassen verurtheilt werden, nicht Statt haben, ausgenommen, wenn ein Dritter den über Abzug des gebetenen Nachlasses verbleibenden Schuldenrest zu zahlen übernimmt und die übernommene Zahlung den Gläubigern vortheilhafter ist, als jene, so sie aus dem Vermögen des Schuldners hoffen können. Gläubiger, denen ein Vorrecht gebührt, oder welche mit einem Pfandrechte bedeckt sind und sich lediglich an ihr Pfand halten wollen, sind nicht schuldig, sich in die Behandlung einzulassen: die übrigen aber sollen den mehreren Stimmen beizutreten schuldig seyn. Jeder hiebei begangene Betrug hat eine gegen den Schuldner und die übrigen Theilnehmer von Amtswegen einzuleitende und mit aller Strenge zu führende Untersuchung zur Folge, und diese findet gegen den Schuldner in allen Fällen Statt, wo die nachlassenden Gläubiger mehr als 12 Prozent verlieren. Uebrigens sind die zur Behandlung einberufenen und nicht erscheinenden Gläubiger nicht als Einwilligende zu achten und die Mehrheit der Stimmen zu gründen vermögend.

Das sächsische Recht bestimmt, daß der Nachlaßvergleich sich lediglich auf die simpeln chirographarischen Gläubiger, nicht einmal also auf diejenigen unter ihnen erstreckt, die ein privilegium exigendi haben; ferner nicht auf die, welche eben so arm sind als der Schuldner. Den Chirographarien muß vor allen wenigstens die Hälfte ihrer Forderungen nach dem Nachlaßvergleich bezahlt werden können, und dann erst bindet der Beschluß der Mehrheit die Minderheit zum Beitritte.

Nach der gothaischen Prozeßordnung e) muß die,

e) P. I. c. 37. art. 2. §. 7.

den Nachlaßvergleich beschließende Mehrheit wenigstens drei Fünftheile der Summe aller Forderungen ausmachen.

Nach der vormalig großherzoglich frankfurthischen Prozeßordnung vom 7. Oktober 1812. Art. 547. soll die Mehrheit wenigstens $^3/_4$ der ganzen Schuldenmasse betragen, wenn ihr Beschluß die Minorität verbinden soll und sind in diese Quota die privilegirten und durch sichere Hypotheken gedeckten Gläubiger nicht eingerechnet.

§. 215.

II. Schwierigkeiten der Theorie in der Anwendung.

Diese Theorie hat aber auch große Schwierigkeiten in ihrer Anwendung, selbst abgesehen von den Gefahren, denen einzelne Gläubiger bei dem nicht immer zu verhütenden betrügerischen Spiele der übrigen und des Gemeinschuldners ausgesetzt sind.

Nach den Grundsätzen des römischen Verfahrens in Schuldensachen (vergl. §. 11 fg.) war die Anwendung der fraglichen Lehre sehr einfach. Der römische Concurs betraf eigentlich nur die Chirographarien. Die Pfandgläubiger hatten ihr eigenes, abgesondertes Rechtsgebiet, so daß es also nur zwei Classen von Gläubigern gab: Pfand- oder Hypothekengläubiger und persönlich Berechtigte, obgleich unter diesen letztern in Beziehung auf das privilegium exigendi ein Unterschied Statt fand, der jedoch keine solche Scheidewand machte, wie heut zu Tage zwischen den Gläubigern der IVten und Vten Classe nach ausgebrochenem Concurse besteht. Waren also die Hypothekengläubiger mit den Pfandgläubigern bei dem Pactum remissorium ausgeschieden, so handelte es sich nur um persönlich befreite und simple Chirographarien. Unter diesen war in dieser Lage des schuldnerischen Vermögens kein Grund zur Geltendmachung eines Vorzugs-

rechts, welches überhaupt Vermögensinsuffizienz voraussetzt. Es handelte sich ja nur um eine rücksichtlich ihrer Kräfte zweifelhafte Erbmasse. Wo das privilegium exigendi praktisch war, nämlich bei der Unzulänglichkeit des Vermögens, war von einem Nachlaßvergleiche zur Beförderung der Erbschaftsantretung keine Rede. Daher enthielt das Gesetz, welches beide Classen von Gläubigern gleichstellte, weder eine solche Unbilligkeit, wie bei Zusammenwerfung der IV. und V. Classe, noch sonst die Schwierigkeiten in der Anwendung, denen man jetzt begegnet, wenn von einem imminenten oder gar schon ausgebrochenen Concurse die Rede ist. Selbst die Hypothek- und Pfandgläubiger schieden sich nur in sofern von der gleichen Condition aller andern aus, als sie ihr Hypothek- oder Pfandrecht geltend machten. Denn thaten sie dieß, so waren sie nicht mehr Theilnehmer des Concurses; verfolgten sie dasselbe aber nicht, so war kein Grund zur Unterscheidung von andern chirographarischen Gläubigern. Nachdem aber das Wesen des heutigen Concurses es mit sich brachte, daß die hypothekarischen Gläubiger die isolirte Verfolgung ihres Rechts aufgeben mußten, so war es natürlich, sie durch Location vor den Chirographarien zu entschädigen, und so kamen zu den zwei römischen Classen noch zwei andere, eine für die privilegirten und eine für die simpeln Pfandgläubiger hinzu. Hiezu trat noch in Folge des spätern Gerichtsgebrauchs ein ganz neues absolutes privilegium exigendi für an sich bloß chirographarische Forderungen in der I. Classe *f*). Dadurch ist die ursprünglich einfache Lehre verwickelt und großen Unbilligkeiten Eingang verschafft worden, da man den erzwungenen Forderungsnachlaß nun nicht mehr im Geiste des römischen

---

f) Schweppe Concurs S. 113. §. 67.

Systems von der Gleichheit der Gläubiger rücksichtlich der Ansprüche an die Masse, so weit selbige nicht Gegenstand eines Unterpfandes ist, auf Gleichberechtigte beschränken kann.

§. 216.

Fortsetzung. Die bayer. Gesetzgebung.

Die Schwierigkeiten in der Anwendung zeigen sich aus der erst bemerkten Ursache der Ungleichheit der Berechtigung auch da, wo man die Regel auf die beiden letzten Classen beschränkt. Ich setze voraus, daß gleiche Prozente (§. 212. num. 3.) Bedingung sind. Hier kann eine offenbare Unbilligkeit eintreten; denn wenn die Gläubiger der IV. Classe 1500 fl. und die der V. Classe 2000 fl. zu fordern haben und die für beide noch übrige Masse sich auf 2000 fl. beläuft; so ist es klar, daß wenn die Gläubiger der Vten Cl. als die Mehrheit 50 Prozent Nachlaß beschließen, die Gläubiger der IV. Classe die vielleicht alle dissentirend sind, dadurch sehr benachtheiligt werden. Denn ohne diesen Vergleich hätten sie das Ganze jene aber nur 25 Prozent erhalten.

Um diesem Uebelstand abzuhelfen hat die bayerische Gerichtsordnung g) die Lehre, die nach dem ältern Landrecht Tit. XIII. Art. 14. noch ganz dem gemeinen Recht folgte *h*), so zu verbessern geglaubt, daß 1) alle Gläubiger bei den Verhandlungen über einen Nachsichts- (Fristen) oder einen Nachlaßvergleich zuzuziehen sind und 2) die Mehrheit der vorzüglichern Gläubiger entscheidet. "Was nämlich der mehrere Theil der Gläubiger dem Schuldner an gewissen Zahlungsfristen und Nachlässen gerichtlich oder aussergerichtlich sammt oder

---

g) Cod. jud. de 1753. cap. 18. §. 13.

h) Schmid in comment. ad h. l.

sonders (nach älterem Rechte "müssen die Gläubiger zusammen kommen oder von der Obrigkeit erfordert werden") bestimmt, das muß sich auch der mindere Theil von gleich- oder wenigerbefreiten Gläubigern gefallen lassen." Hiernach fällt allerdings die Möglichkeit einer Benachtheiligung vorzüglicherer Gläubiger, wovon eben erst die Rede war, hinweg. Allein es zeigen sich nun folgende Schwierigkeiten in der Anwendung, die um so mehr die Aufmerksamkeit verdienen, als sie mehr oder weniger auch die gemeinrechtliche Theorie treffen.

1) Diese Behandlung der Sache zum Zwecke der Erzielung eines rechtsbeständigen Pactum remissorium scheint schon in sofern unvollkommen organisirt, als der vorzugsrechtliche Stand aller Stimmberechtigten als unzweifelhaft vorausgesetzt wird. Dieß dürfte aber wohl nur nach seltenen Ausnahmen vor rechtskräftigem Locationsurtheile der Fall seyn. Gleichwohl will man mit dem Nachlaßvergleiche dem Concurse vorbeugen, also das Liquidations- und Beweis-Verfahren, und die Locationssentenz entbehrlich machen.

2) Eine Hauptschwierigkeit in der Anwendung zeigt sich aber, und zwar nicht sowohl bei dem bayerischen Gesetz, welches diesen Punkt unberührt läßt, was freilich die Sache nicht bessert, als nach der gemeinrechtlichen Theorie, — ich meine bei der Bedingung der Bewilligung g l e i c h e r P r o z e n t e. Soll dieselbe praktisch werden, so müssen die privilegirtern Gläubiger den minder privilegirten so viel bewilligen, als sie sich selbst accordiren lassen. Das werden sie aber wohl bleiben lassen, in Erwägung, daß im ordentlichen Rechtslaufe die folgende Classe gar nichts erhält, bevor die vorhergehende gänzlich befriedigt ist. Der Vorschlag der vorzüglichern Gläubiger, oder von wem derselbe sonst ausgeht, wird daher immer auf einen u n g l e i c h e n Nach-

laß oder auf Prozente in absteigender Stufenfolge gerichtet seyn, so daß also die gleichen Prozente sich nur von den prioritätisch Gleichberechtigten verstehen. Dann ist aber jene Bedingung (die im Grunde auch nur in sofern, als im Gesetz begründet, angenommen werden kann, als dasselbe nur Chirographarien also Gleichberechtigte vor Augen hat) so viel wie aufgehoben. Ist dieß aber der Fall, so ist die Sache noch mehr bedenklich, in Erwägung, daß

3) hier leicht den nachfolgenden Gläubigern durch den Beschluß der vorhergehenden großes Unrecht widerfahren kann. Denn wenn letztere gleich auch einiges Opfer bringen, so können sie doch in dem Falle seyn, wo sie die wenigen Prozente, die sie accordiren und wodurch sie sich den Gemeinschuldner zum Dank verpflichten, leicht verschmerzen können, indeß das, was dem Gemeinschuldner nachgelassen wird, vielleicht hauptsächlich aus den Beuteln der simpeln Personalisten geht. Man erwäge auch, daß unter den privilegirten Gläubigern nicht selten nahe Verwandte des Cridars sind, und zwar öfters mit beträchtlichen Forderungen für Heirathsgut, Peculien, Erbgelder, und wie leicht diese den Ausschlag geben können.

4) Wenn gleich die chirographarischen Gläubiger allen andern Classen nachstehen, so kommt es doch vor allen auf die Beschaffenheit der Activmasse an, und die Gläubiger der IVten Classe können, je nachdem jene bedeutend ist, wirklich die Mehrheit auch in dem hier gültigen Sinne ausmachen. Nehmen wir an, die Gläubiger der I. bis IV. Classe hätten zusammen 8000 fl., die Chirographarien in der Vten Classe aber 15000 fl. zu fordern, was doch wohl der Fall seyn kann. Hier würde nichts dagegen zu sagen seyn, wenn der einstim-

mige Beschluß der erstern vier Classen als die letzte, sollten die Gläubiger in dieser auch einstimmig dissentiren, verpflichtend angenommen würde, so bald die Vermögens-Masse nur auf 15000 fl. sich beliefe. Denn die Forderungen I. bis IV. wären gut für 8000 fl., die auf V. nur für 7000 fl. Beliefe sich aber die Masse über 16000 fl., so würden die Chirographarien, im Fall sie sämmtlich dissentirten, die sämmtlich consentirenden ad I — IV. wirksam überstimmen. Daher ist klar, was (ausser Preußen, wo es wenigstens per indirectum geschehen) nirgends meines Wissens gehörig berücksichtigt worden ist, daß es keineswegs auf die Priorität der Forderungen oder auf ihre Stelle im künftigen Classifications-Erkenntniß allein ankommt, sondern vor allen auf ihre Güte; also nicht auf den Nominalwerth allein, sondern auch auf den Realwerth. Und so ist denn derjenige, der in der Vten für seine 1000 fl. auch nur 50 Prozent im ordentlichen Rechtswege zu erwarten hat, mehr und potior jure (in der hier, bei Regulirung des Abstimmungsrechts wenigstens, gelten müssenden Bedeutung) als derjenige, der 400 fl. in der IVten zu fordern hat und 100 Prozent erhält. Darum sollte vor allen bei einem Nachlaßvergleich auch auf die mit den steigenden Kräften der Masse zunehmende Steigerung in der Abstimmungsberechtigung Rücksicht genommen werden, also daß die vota nach dem Werthe der Forderungen berechnet würden. Dann träte erst wiederum das ursprüngliche Verhältniß ein, daß nämlich die Votanten von gleicher Beschaffenheit wären, folglich wenn die Mehrheit auf 30 Prozent Nachlaß stimmte, sie zugleich selbst ebensoviel zum Opfer brächte. Freilich ist dieß eine Forderung deren Erfüllung häufig den Zweck des ganzen Unternehmens vereiteln könnte, besonders sofern als man mit diesem nur allein die schnellere Beendigung des Prozesses und sonst weiter nichts sich zum Ziele gesetzt

hat. Allein daß damit eigentlich nichts verloren wäre, davon wird man sich aus allem leicht überzeugen.

Soviel zur Theorie vom Zwangnachlaßvergleiche nach dem gemeinen Recht und nach Partikularrechten, die sich diesem nachgebildet haben. Ich wiederhohle, daß ich diese Art des Vergleichs nicht wohl für ein leicht ausführbares Mittel, Concurse abzuwenden, anerkennen kann, wenn anders regelmäßig, nicht tumultuarisch dabei verfahren, und die nothwendigen Erfordernisse desselben, insbesondere die Gewißheit aller Betheiligten und eine ordnungsmäßige Regulirung der Stimmberechtigung, beobachtet werden sollen. Aber auch zur Abkürzung eines Concurses, also erst nach dessen Eröffnung angewandt, begegnen diesem Mittel bei seinem Gebrauche so manche Schwierigkeiten, daß es scheint, das Verhängniß habe es so gefügt, daß die verderbliche Lehre durch ihre Unanwendbarkeit unschädlich werden müsse.

§. 217.

Das Verfahren im Preußischen.

Die preußische Gerichtsordnung, welche diese Materie sehr ausführlich behandelt hat, setzt über "die Behandlung der Gläubiger" folgende Theorie fest *i*).

Jedem Schuldner ist unbenommen, seinen Gläubigern aussergerichtlich Behandlungsvorschläge zu machen und deren Mitleiden in Anspruch zu nehmen, daß sie ihm einen Theil ihrer Forderungen erlassen oder von dem ihnen abzutretenden Vermögen ihm etwas zu seinem nothdürftigen Unterhalt oder um seinen verfallenen Umständen wieder aufzuhelfen, zurücklassen. Kommt auf diesem Wege ein gütliches Abkommen nicht zu Stande,

---

i) Th. I. Tit. 49. u. Tit. 50. Abschn. 6.

so steht es dem zur Vermögensabtretung sich erbietenden Schuldner frei, seine Vorschläge gerichtlich anzubringen, und der Richter ist verpflichtet, wenn jener des Mitleids seiner Gläubiger würdig ist, die Vorschläge auch weder übertrieben noch sonst unbillig sind, die Gläubiger zu deren Annahme durch die geeigneten Vorstellungen zu vermögen. Doch soll durch diese Unterhandlung die gesetzmäßige Regulirung des Schuldenwesens wider Willen der Gläubiger nicht aufgehalten werden. Auch findet gegen keinen Gläubiger eines zum Concurs geeigenschafteten Schuldners ein Zwang zur Annahme von Vergleichsvorschlägen Statt, die bloß des Schuldners Bestes bezwecken.

Werden Behandlungsvorschläge vor eröffnetem Concurse von einem Dritten gemacht, so ist auch hier, wenn nicht sämmtliche Gläubiger dieselben annehmen, auf Antrag der widersprechenden mit der Concurseröffnung zu verfahren, und alsdann erst nach erlassenem Präclusions-Urtheile das weitere Verfahren über die Verbindlichkeit zum Beitritte einzuleiten, wovon sogleich mit mehrerem. — Uebrigens soll in allen Fällen, wo ein bevorstehender Concurs durch Vergleich, es sey gerichtlich oder aussergerichtlich, beigelegt wird, der Gemeinschuldner, wenn er in der Folge zu bessern Vermögensumständen gelangt, seinen Gläubigern die von selbigen ihm erlassenen Summen nachzahlen, in sofern nicht das Gegentheil ausdrücklich verabredet worden *k*).

Was die Behandlung der Gläubiger nach eröffnetem Concurse betrifft, so gelten deßhalb folgende Grundsätze *l*). Macht nämlich ein Dritter, er sey selbst ein

k) Tit. 49. §. 13.

l) Tit. 50. §. 590 ff.

ein Mitgläubiger oder nicht, zum Besten des Gemeinschuldners Vorschläge, welche a) dem ausgemittelten oder wahrscheinlichen Betrage der Activmasse angemessen sind und b) mit den Forderungen nach den verschiedenen Graden der Priorität in Verhältniß stehen, und ist es c) gewiß oder doch in einem hohen Grade wahrscheinlich, daß die Gläubiger auf dem Wege des Vergleichs leichter und früher als durch Fortsetzung des Concurses zu ihrer Befriedigung gelangen können; so ist der mindere Theil der Gläubiger verpflichtet, dem Beschlusse der Mehrheit für die Annehmung des Vergleichs beizutreten, selbst wenn die Entsagung auf alle fernere Ansprüche an den wieder zu bessern Vermögensumständen kommenden Gemeinschuldner eine Vergleichsbedingung ist, es wäre denn, daß die Minderzahl einen Vermittler auf annehmlichere Bedingungen zu stellen vermöchte.

Wenn die gütliche Behandlung mit den Gläubigern nicht ein bloßes Interimistikum, (besonders wegen einstweiliger Verwaltung der Activmasse durch den Gemeinschuldner rc. bis zum Liquidationstermin, welche Behandlung bloß mit den schon erschienenen Gläubigern vorzunehmen und nach der Stimmenmehrheit zu reguliren ist) zum Gegenstande hat, sondern die definitive Auseinandersetzung; so kann dazu nicht eher geschritten werden, als bis die Passivmasse nach abgehaltenem Liquidationstermin zuverlässig bekannt, auch der Betrag und die Beschaffenheit der Activmasse aus dem Inventarium und der aufgenommenen Schätzung der Grundstücke näher übersehen werden kann. Es ist nun vor allen Sache des Instruenten in Vereinigung mit dem, der die Vergleichsvorschläge gemacht hat und dem Curator der Masse den Vergleichsplan herzustellen, der sodann den Gläubigern vorzulegen ist. Dazu sind sämmtliche Gläubiger unter dem Rechtsnachtheil des Beitritts vorzu-

laden und die erschienenen Mann für Mann mit ihrer Erklärung zu vernehmen, und es ist wo möglich ein gütliches Uebereinkommen zu bewirken. Jenachdem nun sämmtliche Gläubiger den Vergleichsplan annehmen oder verwerfen, hat es bei dem Beschlusse schlechthin das Bewenden und gehet im letztern Falle der Concurs im Wege Rechtens weiter fort. Sind aber die Meinungen verschieden, so entscheidet die Mehrheit der Stimmen. Diese Mehrheit wird nach den liquiden Forderungen an Kapital und Zinsen, so weit diese mit dem Kapital gleiches Vorzugsrecht haben, dergestalt berechnet, daß in jeder, nach der gegenwärtig liquiden Qualität der Forderungen gemäß der Classifications-Ordnung zu formirenden Classe, die Pluralität der Forderungen, oder bei Gleichheit der Summen von beiden Seiten, die Mehrheit der Personen das Votum der ganzen Classe bestimmt. (In den einzelnen Classen gelten also Virilstimmen, sodann von einer Classe zur andern Curiatstimmen.) Ist solchergestalt die Mehrheit aller Classen für oder wider den Vergleich, so wird im letztern Falle der Vergleichsvorschlag verworfen, im erstern aber angenommen, und kommt es also dießfalls auf den Widerspruch der Dissentienten in den einzelnen Classen nicht an. Sind aber die Classen-Vota von einander verschieden, so kann

1) entweder der Vergleich mit einer oder etlichen Classen besonders abgeschlossen werden, ohne daß es des Beitritts der übrigen dazu bedarf, oder

2) die Vorschläge sind von der Art, daß eine Stückbehandlung nicht Statt findet, vielmehr der ganze Vergleich angenommen oder verworfen werden muß.

Im Fall ad 1. wird der Vergleich mit den einwilligenden Classen abgeschlossen und den Widersprechenden überlassen, die Sache für sich im Wege Rechtens fortzu-

setzen. Im Fall ad 2. findet der Vergleich nicht Statt, wenn auch nur eine Classe widerspricht, es wäre denn, daß nach dem ausgemittelten Betrage der Activmasse mit Zuverlässigkeit erhellete, daß die widersprechende Classe niemals zur Hebung gelangen könne. Hier kann diese Classe den Abschluß des Vergleichs mit den übrigen vorgehenden Classen nicht aufhalten, doch kann sie auch nicht gezwungen werden, ihrer Rechte an den Gemeinschuldner sich zu begeben.

Bei der nach vorstehenden Grundsätzen gemachten Auseinandersetzungs-Berechnung können von den Gläubigern nur Erinnerungen gemacht werden, entweder gegen die angenommene Liquidität der einzelnen Posten, oder gegen deren Priorität. Ist dießfalls eine gütliche Vereinigung nicht zu erzielen, so ist, nachdem die Instruction der einzelnen Forderungen, womit während der Vergleichsverhandlungen ununterbrochen fortzufahren, beendigt, die Sache also zum Spruche reif ist, mit Vorlegung der Akten zur Fällung des Classifications-Erkenntnisses zu verfahren. Hier hat nun der Richter, indem er über die Liquidität und Priorität der Forderungen entscheidet, zugleich festzusetzen, in wiefern hiernach der vorgeschlagene Vergleich Statt finde oder zu verwerfen sey, wogegen den Betheiligten die gewöhnlichen Rechtsmittel offen stehen.

§. 218.

Resumirende Betrachtungen darüber.

Die preuß. Prozeßordnung sanctionirt also gleichfalls die durch die Praxis in das gemeine Recht eingeführte Theorie von der bei Nachlaßvergleichen entscheidenden Stimmenmehrheit; sie empfiehlt sich jedoch durch die sichtbar humanen und zugleich rechtsanalogen Bestimmungen, wodurch die Härte jener Theorie nach Billig-

keit gemildert wird, soviel es nur immer möglich ist, ohne den Zweck der gütlichen Vereinigung dem Eigensinne und den Launen minder — oder je nachdem die Sache steht, eigentlich gar nicht mehr betheiligter Mitgläubiger aufzuopfern.

Es sind vornämlich folgende Bestimmungen, worin sich die Regeln des Vergleichs nach der Mehrheit der Stimmen im Concurse, wie sie das preußische Recht vorschreibt, vor denen auszeichnet, die nach dem gemeinen Recht oder nach andern Partikulargesetzen beobachtet werden, welch letztere entweder dem gemeinen Rechte nachgebildet sind, oder auch die Lehre von der Stimmenmehrheit allzusehr beschränkt und so freilich so zu sagen das Kind mit dem Bade ausgegossen haben.

1) Kein Gläubiger kann zu einem Forderungsnachlaß, der bloß dem Schuldner zum Besten gereicht, auch wenn derselbe von allen übrigen bewilligt wird, gezwungen werden.

2) Da, wo es bloß auf Abwendung des Concurses ankommt, kann überhaupt die Mehrheit über die Minderheit nicht entscheiden.

3) Nur wenn von Abkürzung oder Aufhebung eines anhängigen Concursprozesses die Rede, und es gewiß oder doch höchstwahrscheinlich ist, daß die Fortsetzung desselben den Widersprechenden keine günstigere Ausbeute gewähren werde, als der Vergleich, findet eine Verpflichtung zum Beitritte Statt, indem, wie sich das Gesetz (§. 592.) ausdruckt, nicht gestattet werden kann, daß einige wenige Gläubiger durch ihren auf bloßem Eigensinn, Unverstand oder unerlaubten Nebenabsichten gegründeten Widerspruch den übrigen Nachtheil zufügen und sie nöthigen, ihre Befriedigung, die sie durch den angebotenen Vergleich erhalten können, erst auf den

Ausfall eines weitläufigen und kostbaren Concursprozesses ankommen zu lassen.

4) Zwar muß hier die Minderheit der Gläubiger auch dann beitreten, wenn die Entsagung auf alle weitere Ansprüche an den wieder zu besseren Vermögensumständen kommenden Gemeinschuldner von der Mehrheit als Bedingung bewilligt worden; doch ist in diesem Falle der Minderheit die Befugniß vorbehalten, einen Vermittler zu billigern Bedingungen zu stellen.

5) Die Stimmenmehrheit findet nur in den einzelnen Classen, nicht aber von Classe zu Classe Anwendung, so daß also selbst die durch Mehrheitsbeschluß gebildete Stimme der letzten Classe nicht weniger gilt, als eine der vorhergehenden. So kann folglich nicht eine bevorzugte Mehrheit über Wohl oder Wehe der minder bevorzugten Minorität entscheiden, sondern jeder, der dem andern präjudizirt, präjudizirt zugleich sich selbst, und wer durch sein Votum 50 ProCt. aus des andern Beutel votirt, muß eben soviel selbst zum Opfer bringen *m*).

6) Es können jedoch die dissentirenden Classen einen mit den einwilligenden möglichen Partialvergleich nicht hindern, und nur in causa individua mit Wirkung widersprechen, so lange für die widersprechende Classe noch Hoffnung, zur Hebung zu gelangen übrig ist.

---

m) Auffallend ist indessen, daß keine Rücksicht auf den Umstand genommen ist, daß in den meisten einzelnen Classen wieder Unterordnungen, also keine volle Gleichheit Statt findet, wodurch der Mehrheitsbeschluß in den einzelnen Classen allerdings bedenklich werden und die Anomalie herbeiführen kann, die das Gesetz sonst zu vermeiden glücklich bemüht gewesen ist. Dieser Inconvenienz scheint durch den bayer. Entwurf, wovon hernach, einfacher und zweckmäßiger vorgebeugt zu seyn.

7) Auch die Art, wie der Punkt der Liquidität und Priorität durch Anerkenntniß oder richterlichen Ausspruch ausser Zweifel zu setzen, erscheint für eine gerechte Normirung der Vergleichsbeitritts-Verbindlichkeit unerläßlich und verdient Nachahmung.

§. 219.

Fortsetzung. Vorzüge der preuß. Bestimmungen und Prüfung einiger Bedenken dagegen.

Mögen manche dieser Bestimmungen bei dem ersten Anblicke (vielleicht auch weil die preuß. Gerichtsordnung, der man ohnehin den Vorwurf der Weitschweifigkeit macht, dieser Materie allein 14 Seiten widmet) weit ausholend und complizirt erscheinen, zumal da man bei Vergleichen sonst nicht anders gewöhnt ist, als alles auf einmal abgethan zu sehen, und daß es Fälle geben könne, wo nach dem Vergleiche, ja sogar zu dessen Behuf noch ein Prioritäts-Erkenntniß nothwendig werde, etwas Unerhörtes ist: soviel ist wohl unbezweifelt, daß nur auf solchem Wege die Beeinträchtigung wohlerworbener Rechte nach regelloser Willkühr entfernt werden kann.

Auch das preuß. Gesetz legt der Stimmenmehrheit eine entscheidende Kraft bei, aber nach sehr billigen der Rechtsanalogie angemessenen Rücksichten. Denn I. nicht da, wo es bloß dem Interesse des Gemeinschuldners gilt, also nur der Erfüllung einer Liebespflicht, ist ein Pluralitätsbeschluß wirksam, sondern nur da, wo es auf das gemeinschaftliche Interesse der durch die Concurseröffnung in Communion getretenen Gläubiger ankommt, wo es sich nämlich bloß um die Zweckmäßigkeit der Modalitäten ihrer Befriedigung handelt, die durch einen Vergleich früher herbeigeführt werden soll, als im Wege des Prozesses. Ferner soll II. die Mehrheit der Stimmen nur entscheidend seyn, wenn für den

gemeinschaftlichen Zweck gleiche Opfer gefordert werden. Deßhalb gilt (abgesehen von dem Bedenken in der letzten Anmerkung) die Stimmenmehrheit auch nur unter Gleichberechtigten, also immer nur in jeder einzelnen Classe, nicht von Classe zu Classe, also nicht unter Verschiedenberechtigten. III. Unter den Classen gegen einander, welche durch Curiat-Vota stimmen, ist also keine Pluralität wirksam, und der Grund hievon ist einfach dieser: da die verschiedenen Classen verschieden bevorrechtet sind, so läßt sich auch der Natur der Sache nach nicht anders erwarten, als daß die Mehrprivilegirten sich höhere Prozente stipuliren werden, als den Minderprivilegirten. Allein eben diese Ungleichheit könnte leicht zu willkührlichen Benachtheiligungen der letzteren führen, (vergl. §. 216. n. 3.) und daher ist nach dem Grundsatze: in re communi potior est causa prohibentis angenommen, daß der Widerspruch einer einzigen Classe den Beschluß aller übrigen unkräftig mache, sofern nicht ein Partialvergleich möglich ist. Da indessen IV. mit dem Aufhören des Antheils an der Gemeinschaft auch der Grund der Stimmberechtigung hinwegfällt, und dieses, der Wirkung nach wenigstens der Fall ist, sobald die Vermögensmasse, als der gemeinschaftliche Befriedigungsfond von der Beschaffenheit ist, daß eine gewisse Classe ganz leer dabei ausgeht: so kann diese auch kein Widerspruchsrecht rücksichtlich der Beschlüsse derjenigen ausüben, die nach der Lage der Sache nunmehr allein als Theilnahmsgenossen erscheinen. Vor allen aber zeichnet sich V. dieses Verfahren dadurch aus, daß zu einem erzwungenen Uebereinkommen überhaupt nur dann geschritten wird, wenn die sorgfältige und wiederhohlt versuchte Güte fehlschlägt.

Daß die Fälle, wo ein Zwangsvergleich zu Stande kommt, unter solchen Modificationen seltener eintreten

mögen, enthält gewiß keinen Tadel der Gesetzgebung. Freilich ist die Sache am geschwindesten abgethan, wenn man nur die Stimmen abzuzählen braucht. Aber wer bei einer dergleichen gründlichern, umsichtigern und darum natürlich auch complizirteren Behandlung die Einfachheit vermißt, genügt wohl nicht dem Zwecke aller Rechtspflege, die auch hier, wo der freie Entschluß der Betheiligten nicht anschlägt, sondern richterlicher Zwang eintreten muß, sich wirksam äussern soll, und wobei Gründlichkeit das erste, Beschleunigung nur das zweite Erforderniß ist, Uebereilung aber offenbar zu Rechtsverletzungen führt.

Noch hat man den Einwand vernommen: wenn die Frage, ob ein Vergleich nach dem Beschlusse der Mehrheit zu Recht bestehe, erst von der richterlichen Entscheidung nach Prüfung der Liquiditäts- und Prioritätsverhältnisse im Classificationserkenntniß abhängen soll und gegen die Entscheidung sogar noch die sonst Statt findenden Rechtsmittel gebraucht werden können; so ist ja mit dem Vergleiche für die frühere Beendigung des Concurses nichts gewonnen. — Allein der Streit der hier noch entschieden werden muß, bei dem übrigens eine gütliche Vereinigung nicht ausgeschlossen ist, vielmehr vor allen nach Möglichkeit bewirkt werden soll, betrifft ja eigentlich nur die Legitimation zur Stimmführung in quantitativer und qualitativer Rücksicht; und diese muß doch nach allen Theorien vom pactum remissorium zuvörderst feststehen, wenn nicht tumultuarisch procedirt werden soll. Wollte man indessen auch zugeben, daß in dieser Bestimmung eine, wenn gleich nothwendige, doch immer unbequeme Inconvenienz liege, da ein Vergleich nach der Stimmenmehrheit, wie man sich denselben gewöhnlich vorstellt, schneller und gleichsam sine figura judicii zu Stande kommt; so ist ja doch mit

dem Locationserkenntniß der Prozeß noch nicht aus; ja derselbe ist oft selbst nicht einmal zum größten Theil als beendigt anzunehmen, wovon die in dieser Schrift schon mehrmals angegebenen Ursachen hier nicht noch einmal wiederhohlt werden sollen. Ein erst mit jenem Urtheile bestätigter Vergleich kommt also keineswegs zu spät.

§. 220.

Der Entwurf der neuen bayer. Civilprozeßordnung.

Wenn man von der Behandlung des Nachlaß-Vergleichswesens im Concurse nach der preußischen Gerichtsordnung annehmen darf, daß dabei solche Vergleiche seltener zum Daseyn kommen werden, als dieß bei denjenigen Concursgerichten der Fall seyn möchte, wo gemeines Recht gilt, wenigstens dann, wenn sie es mit der Regelmäßigkeit bei der Einleitung und Behandlung eines solchen Vergleichs minder genau nehmen; so ist dieses vielleicht noch mehr der Fall bei Bestimmungen, wie sie der Entwurf einer neuen Civilprozeßordnung für Bayern (München 1825.) §. 1165 ff. vorschlägt, und alles erwogen kann sich der Freund des Rechts darüber nur freuen und wünschen, daß die gesetzgebende Gewalt bei der Prüfung jenes Entwurfs von gleichen Ansichten ausgehen möge, wie die Verfasser desselben.

Zuvörderst ist zu bemerken, daß nach der bayerischen Prioritätsordnung vom 1. Junius 1822. die Concursgläubiger nach 6 Classen geordnet werden, welche, — abgesehen von der gesetzlichen Bestimmung, wornach nur die in die öffentlichen Hyp. Bücher eingetragenen Forderungen Hypothekenrechte (in der II. Classe) haben, dann von der Eigenheit, wornach die sonst post omnes locirt werdenden die VI. Classe einnehmen, — mit dem gemeinen Recht im wesentlichen übereinstimmen.

Die Bestimmungen über Fristen- und Nachlaßvergleiche sind nun folgende:

1) werden Vorschläge zu gütlicher Auseinandersetzung und Erledigung eines Schuldenwesens gemacht, so hat das Gericht, in soferne es die Vorschläge weder unbillig, noch übertrieben findet, mit möglichstem Fleiße dahin zu trachten, daß die Gläubiger in die Gewährung der in Antrag gebrachten Nachlässe und Fristenzahlungen einwilligen. Es darf jedoch durch solche Unterhandlungen der Rechtslauf, soweit es thunlich ist, nicht aufgehalten werden.

2) Nachlässe finden bei offenbarer Vermögenszulänglichkeit ohne Einwilligung aller Gläubiger nicht Statt.

3) Fristenweise Zahlung kann in diesem Falle das Gericht auch im Mangel allseitiger Einwilligung dem Schuldner auf seinen Antrag alsdann bewilligen, wenn die bei Moratorien festgesetzten Bedingungen eintreten.

4) Dergleichen Fristen dürfen in der Regel nicht über zehn und in ganz ausserordentlichen Fällen höchstens auf funfzehn Jahre bewilliget werden.

5) Während der Dauer der Fristen finden Executionen nur wegen der inzwischen verfallenden Zinsen und Fristen Statt. Es kann jedoch selbst auf Zurücknahme der Fristenbewilligung angetragen werden, wenn der Schuldner auch nur mit einer einzigen Frist nicht eingehalten hat.

6) Wird eine Fristenzahlung oder ein Nachlaß bei wirklicher oder anscheinender Vermögens-Unzulänglichkeit in Antrag gebracht, so ist von dem Gerichte vor allem auszumitteln, in welche Classe der Prioritäts-Ordnung

jede der durch Zugeständnisse oder durch unzweideutige Urkunden begründeten Forderungen gehöre.

7) Die Gläubiger der drei ersten Classen können nie angehalten werden, irgend einen Antrag auf Fristenbestimmungen oder auf Nachlässe anzunehmen.

8) Stimmen jedoch die sämmtlichen Gläubiger der drei ersten Classen für den gestellten Antrag, so wird bei Fristen zu Gunsten des Schuldners und bei Nachlässen, soferne diese für alle Classen gleich sind, neben der Uebereinstimmung der ersten drei Classen auch die Zustimmung der Mehrheit der Gläubiger in den drei letzten erfordert.

9) Nachlaßverträge, wodurch für verschiedene Classen Nachlässe von verschiedener Größe bewilliget werden sollen, sind nur dann für genehmiget zu halten, wenn bei allseitiger Einstimmung der drei ersten in jeder der drei letzten Classen die Mehrheit für die Bewilligung vorhanden ist.

10) Ist von einer Fristenregulirung oder sonstigen Uebereinkunft (Arrangement) bloß zu Gunsten der Gläubiger unter sich die Rede, so werden die Zustimmenden der drei letzten den allseitig Einstimmenden der drei ersten Classen zugerechnet, und wenn sich die Mehrheit im Ganzen für den Antrag erklärt, so ist derselbe als genehmigt anzunehmen.

11) Sind unter der sub num. 10. gemachten Voraussetzung Gläubiger der drei ersten Classen gar nicht vorhanden, oder ist eine Uebereinstimmung unter denselben nicht zu erzielen, so können entweder im Ganzen oder in Ansehung dessen, was nach Befriedigung der drei ersten Classen übrig bleibt, solche Verträge nach

Umständen auch unter den Gläubigern der drei letzten Classen allein zu Stande kommen. Werden in diesem Falle Fristen oder Nachlässe unter gleichen Bedingungen für alle Gläubiger in Antrag gebracht, so werden, wenn die Mehrheit in der IVten Classe überhaupt, und insbesondere auch die Mehrheit der in dieser Classe besonders bevorzugten Gläubiger vorliegt, die Zustimmenden der Vten und VIten Classe zu derselben gerechnet, und wenn hiedurch die Mehrheit für alle diese drei Classen entsteht, so ist der Antrag als genehmigt anzusehen. Bei ungleichen Anträgen für die verschiedenen Classen muß in jeder einzelnen Classe die Mehrheit vorhanden seyn.

12) Auf Verlangen auch nur eines der betheiligten Gläubiger muß der Schuldner, welcher ein Gesuch auf Fristen oder Nachlaß gestellt hat, jeden Verdacht heimlicher Begünstigung eines Gläubigers vor dem andern oder sonstiger Gefährde durch den Eid von sich ablehnen, unter dem Rechtsnachtheile, daß er im Falle der Verweigerung des Eides mit seinem Gesuche abgewiesen wird.

13) Auch jeder Gläubiger, gegen welchen ein Verdacht irgend eines untergelaufenen Schein- oder Nebenvertrages wahrscheinlich gemacht werden kann, ist auf Verlangen den Eid dahin zu leisten verbunden; daß er weder mit dem Schuldner oder dessen Angehörigen, noch mit einem Gläubiger ein zum Nachtheile der Gläubiger, oder auch nur eines Einzigen derselben abzielendes heimliches Einverständniß gepflogen habe. Verweigert er den Eid, so verliert er sein Stimmrecht, und seine Forderung bleibt bei Berechnung der Mehrheit ausser Ansatz. —

So dieser Entwurf. Nach demselben findet also kein Nachlaß ohne Einwilligung sämmtlicher Gläubiger, also überhaupt gar kein Zwang Statt, wenn das Ver-

mögen zur Befriedigung Aller zureichend ist. Tritt dagegen Vermögens-Insuffizienz ein, so müssen 1) die Gläubiger der drei ersten Classen einstimmig seyn, und wenn ungleiche Prozente zu Gunsten des Schuldners hiebei bedungen werden, 2) auch die Mehrheit in jeder der drei letzten Classen den Vergleich genehmigen. Hieraus, und da Nachlaßbewilligungen zu gleichen Größen durch alle Classen wohl zu den höchst selten eintretenden Ausnahmen gehören möchten, kann man leicht abnehmen, daß ein Nachlaßvertrag nach der Stimmenmehrheit gerade da, wo er am gehässigsten ist, nämlich zu Gunsten des Schuldners und auf ungleiche Prozente, unter solchen Beschränkungen sehr erschwert ist. — Nur rücksichtlich der Form ist noch etwas zu erinnern, indem die Festsetzung ad 6. über die Ausmittelung der Stimmberechtigung nach Verschiedenheit der Prioritätsclassen Bedenken erregt. Denn die Prioritätsordnungen mögen noch so deutlich und bestimmt seyn, so fehlt es doch beinahe in keinem Concurse zumal von einiger Bedeutung, daß nicht das Vorzugsrecht einer oder der andern Forderung bestritten wird. Und dieses kann auch nicht unerwartet seyn, da zu einem Rechtsstreite seltener ein zweifelhaftes Gesetz, als ein zweifelhaftes Factum Anlaß gibt. Wie wird es also der Richter anfangen, um das Vorzugsrecht auch dieser bestrittenen Forderungen auszumitteln? Es sind nur zwei Wege übrig: entweder Anerkenntniß der Betheiligten, das im Wege eines Vergleichs erzielt wird, oder förmliche Entscheidung nach vorgängiger Verhandlung. Auf jenes möchte ich nicht viel bauen, zumal wenn von der Nachgiebigkeit solcher Mitgläubiger die Rede ist, denen ein erzwungener Vergleich nicht zusagt. Es wird also wenigstens in der Regel rechtliche Entscheidung abgewartet werden müssen, wenn der Vermittelungs-Versuch fehlschlägt, und da man nicht zweimal

über das Vorzugsrecht erkennt, das Prioritätsurtheil und dessen Rechtskraft. Dieß ist auch ganz in der Ordnung, besonders da die Classification zum Zwecke der Abstimmung über einen Nachlaßvergleich nicht weniger folgenreich ist, als die Classification zum Zwecke der Perceptionsreihe im ordentlichen Rechtsgange selbst. Auf diese wesentliche, die Rechtsbeständigkeit der Legitimation zur Stimmführung bezielende Anordnung, die besonders bei der zur Bedingung gemachten Unanimität der drei ersten Classen nothwendig als höchstpräjudiciell erscheint, hat der fragliche Entwurf keine Rücksicht genommen. Und so ist denn anzunehmen, daß auch in dieser nicht gehobenen Schwierigkeit eine Ursache mehr zur Vereitelung der Zwangnachlaßvergleiche liegt.

Register.

Anm. Die Zahlen gehen auf die §§.; die in ( ) beigefügten auf die Seiten.

Con-

Obsta-

Sacchi

Concorsi preg.

Schuldners diesem von einer besondern Rechtswohlthat Gebrauch zu machen verstattet seyn, welche die Gesetzgebungen einiger Länder, Bayerns und Würtembergs nämlich, (denn ausser diesen ist mir dieß von einer andern Gesetzgebung wenigstens in dieser Art nicht bekannt) eingeführt haben. Sie besteht darin, daß vor allen dem Schuldner, wenn er es verlangt, bei ansehnlichen Güter-

Würzburg. vom 5. März 1808. und die vormals großherzoglich Frankfurth., in der Prozeßordnung, Art. 388. f. Die ältern Ordnungen gingen hiebei von der Vorstellung aus, daß eben die Feilstellung zu jedermanns freiem Kaufe und somit die Concurrenz das sicherste Mittel sey zur Erkenntniß des currenten Werths, als worauf es bei dem Verkauf eben doch nur ankomme *n*). Man